J. pract. 323 rb

Xerokopieren aus konservato-
rischen Gründen nicht erlaubt
Nur im Lesesaal benützbar

<36622246470016

S

<36622246470016

Bayer. Staatsbibliothek

System

des

ordentlichen Civilprocesses

von

Dr. Georg Wilhelm Wetzell.

Dritte verbesserte und vermehrte Auflage.

In drei Abtheilungen. — Erste Abtheilung.

Verlag von Bernhard Tauchnitz
Leipzig 1871.

. pract. 323 rb
Wetzell
BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

System

des

ordentlichen Civilprocesses

von

Dr. Georg Wilhelm Wetzell.

Dritte verbesserte und vermehrte Auflage.

Verlag von Bernhard Tauchnitz
Leipzig 1878.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorrede

zur dritten Auflage.

Der Zeitpunct, in welchem diese dritte Auflage erscheint, läßt sich als einen besonders günstigen nicht ansehen. Das gemeine Proceßrecht, welches sie gleich den voraufgegangenen Auflagen zur Darstellung bringt, wird am 1. Oct. 1879 seine Geltung verlieren, und durch ein auf den bereits publicirten Reichsjustizgesetzen beruhendes neues Proceßsystem ersetzt werden.

Indeß erschien die erste Abtheilung bereits im J. 1871, und daß sich die Vollendung des Ganzen bis jetzt verzögert hat, ist durch eine Folge von Umständen verursacht worden, welche die Erfahrung bestätigen zu wollen schienen, daß auch Bücher ihre Schicksale haben.

Unter ihnen hat den nachhaltigsten Einfluß ein bösartiges Augenleiden geübt, das mich befiel, als ich die Darstellung der gänzlich umgearbeiteten Geschichte der fränkischen Gerichtsverfassung (§. 33) beinahe zum Abschluß gebracht hatte, und welches in Verbindung mit anderen körperlichen Leiden mir für einige Zeit die äußerste Vorsicht und den Verzicht auf jede außer meinen eigentlichen Berufsgeschäften liegende Arbeit zur unausweichlichen Pflicht machte. Die Besserung ging langsam vorwärts, und war schließlich nicht so durchgreifend, daß ich hätte hoffen dürfen das begonnene Werk allein zu Ende zu führen.

Ich mußte also an die Hülfe Anderer denken, obschon ich mir sagte, daß sich nicht leicht Jemand der undankbaren Aufgabe unterziehen werde, viel Fleiß und Mühe auf eine fremde Arbeit zu verwenden. Da erinnerte ich mich der freundlichen Unterstützung, die mir bereits früher, wie ich in der Vorrede zur zweiten Auflage rühmen konnte, von Seiten eines Schülers und lieben Freundes zu Theil geworden war, des Herrn Dr. Dugge, welcher damals noch in einer kleinen mecklenburgischen Landstadt eine Richter- und Senatorenstelle bekleidete, und daneben ernste wissenschaftliche Studien trieb. Seine umfassende Kenntniß der Literatur, seine Belesenheit und sein feines critisches Urtheil hatten sich mir be-

währt, und auf seine Freundschaft durfte ich zuversichtlich vertrauen. In der That hatte eine an ihn gestellte Anfrage die bereitwilligste Zusage zur Folge, und daß er bald danach zu einem academischen Lehramte berufen wurde, glaubten wir als einen fördernden Umstand betrachten zu dürfen. Allein es kam anders als wir erwartet hatten. Die Vorbereitung zu seinen Vorlesungen, mit der ihm eigenen Gewissenhaftigkeit betrieben, ließ zu anderen Arbeiten vorläufig keine Muße, und bevor noch die ersten Schwierigkeiten überwunden waren, kam der Keim eines Brustleidens zur Entwickelung, das seinem hoffnungsreichen Leben ein längeres Siechthum und ein allzufrühes Ende bereitete. So war wieder eine kostbare Zeit verloren, und die frühere Lage nur wenig dadurch gebessert, daß mir die vom Verstorbenen gesammelten Notizen nebst den in sein Handexemplar eingetragenen Correcturen und Verweisungen zu freiester Benutzung überlassen wurden.

Aus dieser Verlegenheit befreiten mich zwei Anerbietungen, wie sie erwünschter nicht hätten sein können. Die eine kam von Herrn Professor Sohm in Straßburg, meinem verehrten Freunde, welchem bekannt war, mit wie großen Schwierigkeiten ich schon im Zustande voller Gesundheit bei der Fortführung der Geschichte der landesherrlichen Gerichtsbarkeit durch das Mittelalter zu kämpfen gehabt hatte, und der sich jetzt erbot, mir bei der Ausarbeitung dieses Abschnitts behülflich zu sein. Ich habe mich über den Werth dieser Hülfe schon an einem anderen Orte (§. 33 Note *) geäußert, möchte hier aber hinzufügen, daß das aus dem Schatz einer reichen Gelehrsamkeit Gespendete von weitaus größerem Werth ist, als was ich, der ich auf diesem Gebiete immerhin ein Fremdling bin, unter Benutzung älterer Schriftsteller mit mühsamem Fleiße zusammenzustellen vermocht hätte. Und da nun auch meine frühere Darstellung der fränkischen Gerichtsverfassung auf Grund von Sohm's gelehrten und scharfsinnigen Untersuchungen über diesen Gegenstand eine völlig neue Gestalt erhalten hat, so spreche ich gern aus, daß der §. 33 mit Ausnahme des letzten Abschnitts (unter C.) seinem jetzigen Inhalt nach zu einem großen Theile von einem der gründlichsten Kenner der deutschen Verfassungsgeschichte herrührt.

Eine noch durchgreifendere Unterstützung aber wurde mir von einer Seite entgegengebracht, von der ich sie am wenigsten erwartet hätte, von einem gerade durch seine processualischen

Studien ausgezeichneten Gelehrten, dem Herrn Professor Wach in Leipzig. Von der Verlagshandlung veranlaßt, erklärte sich derselbe bereit, die Revision des noch übrigen Restes mit mir zu theilen, vorausgesetzt, daß ich auch ferner die volle Verantwortung tragen, und namentlich die von ihm vorzuschlagenden Aenderungen selbständig prüfen, und ihnen im Falle der Meinungsverschiedenheit den meiner Auffassung entsprechenden Abschluß geben werde. Wenn ich behaupte, daß eine Selbstlosigkeit, wie sie sich in dieser Bedingung kundgibt, im Kreise der Gelehrten nicht allzu häufig vorkommt, so brauche ich kaum erheblichen Widerspruch zu fürchten, und man wird gewiß meiner Versicherung glauben, daß es mir ihr gegenüber Ueberwindung gekostet hat, nicht bloß auf die gestellte Bedingung einzugehen, sondern auch im gegebenen Falle meine Ansicht nicht hinter die seinige zurücktreten zu lassen. Uebrigens sind Meinungsverschiedenheiten selten genug unter uns gewesen, und auch durchgreifende Aenderungen haben, wie eine Vergleichung der dritten Auflage mit der zweiten beweist, nicht in Frage gestanden; wie in Eintracht begonnen, haben wir die gemeinsame Arbeit in Eintracht zu Ende geführt. Die §§. 34—41, 52—61 sind von mir in erster, von meinem Herrn Mitarbeiter in zweiter Revision, und andererseits die §§. 42—51, 62—73 von diesem in erster, von mir in zweiter Revision bearbeitet worden, so daß die vorgenommenen Aenderungen, soweit sie sich nicht auf Dugge's Notizen zurückführen, in allen §§. theils von dem einen, theils von dem anderen herrühren, und nur ihre Fassung der erforderlichen Uebereinstimmung wegen meistentheils von mir erhalten haben.

So ist das Mißgeschick, mit dem ich zu kämpfen gehabt, dieser dritten Auflage reichlich zu Gute gekommen, und nehme ich hinzu, daß schon die erste, von mir allein besorgte Abtheilung in §. 3 (vgl. §. 3 Note *) sich einer unschätzbaren Bereicherung durch die Güte des Herrn O. A. G. Raths, Professors Muther in Jena zu erfreuen gehabt hat, dem sich auf dem Gebiete der processualischen Literärgeschichte kaum ein Zweiter zur Seite stellen kann, so sehe ich den in der Vorrede zur 2. Auflage ausgesprochenen Wunsch, daß „recht viele Leser ihre gelegentlichen Bemerkungen sammeln, und dem Vf. mittheilen" möchten, über alles Erwarten in Erfüllung gegangen. Es ist mir ein Herzensbedürfniß, für alle diese Freundlichkeiten auch öffentlich meinen Dank zu sagen, und dabei nicht

unerwähnt zu lassen, daß der Herr Rechtscandidat Alexander Peter in Leipzig sich das Verdienst erworben hat, die Benutzung des Buches durch die Umarbeitung des Registers wesentlich zu erleichtern.

Im Uebrigen habe ich noch Folgendes zu bemerken.

Wenn ich mein Bedauern darüber ausgesprochen habe, daß die Vollendung dieser 3. Auflage nahezu mit dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze zusammenfällt, so möchte ich nicht so verstanden werden, als ob ich das bisherige gemeine Proceßrecht als demnächst der Vergessenheit anheimgefallen betrachtete. Allerdings wird das Neue eine Zeit lang seinen Zauber über den Sinn der Menschen ausüben, und ohne Zweifel manches Jahr brauchen, um denen, die es angeht, vollkommen geläufig zu werden. Aber sehr bald wird selbst bei den entschiedensten Vertheidigern der Prärogative der gesetzgebenden Gewalt die Erkenntniß durchbrechen, daß das geschriebene Wort weder die ganze Mannichfaltigkeit der Lebensverhältnisse zu umspannen vermocht hat, noch auch nur überall bestimmt genug ist, um willkührliche Deutungen auszuschließen, daß es sonach, um mit voller Freiheit und Sicherheit angewandt zu werden, durch juristische Gedanken ergänzt, belebt und durchgeistigt sein will. Dies ist aber möglich, weil das neue Proceßsystem, eben so wie das bisherige, mehr ist, als eine zusammengereihte Kette von Zweckmäßigkeitsnormen, weil es in der allgemeinen Rechtsordnung, in dem Wesen der Privatrechte, in gewissen Nothwendigkeiten der Natur und Logik seine maaßgebende Grundlage hat, weil es mit einem Worte doch eigentlich nur eine wennschon stark nuancirte Modification des principiell so consequent durchgebildeten bisherigen Proceßsystems ist. Zwar ist bei der Ausarbeitung der neuen Gesetze die geschichtliche Continuität nicht ängstlich festgehalten, nicht für jede Abweichung vom Bestehenden so sorgsam und unbefangen, wie es hätte geschehen sollen, die Bedürfnißfrage geprüft, und nicht überall das dem verworfenen Alten zu substituirende Neue den lebendigen Wurzeln des Ueberlieferten entnommen worden. Andererseits aber hat man doch auch das bestehende Recht nicht unbeachtet bei Seite liegen lassen, sondern sich Schritt für Schritt gegenwärtig gehalten, daß und worin man von ihm abweiche, und mit Bewußtsein das Neue an das Alte angeknüpft. Dieser Zusammenhang nun, dem seiner Zeit die entsprechende wissenschaftliche Verwerthung nicht fehlen kann, wird von dem Practiker als-

bald herausgefühlt werden, und ihn bestimmen, in schwierigen Fällen da Rath und Belehrung zu suchen, wo er sie bisher zu finden gewohnt war, d. h. in der Literatur des gemeinen Proceßrechts, welche im Laufe der Jahrhunderte das processualische Material auf dem Boden verschiedener Rechtssysteme juristisch bearbeitet und bis ins feinste Detail entwickelt hat. Daß eine solche Benutzung der gemeinrechtlichen Literatur auch ihre Gefahren hat, und keine geringe critische Vorsicht erfordert, wenn sie dem sachlich Neuen sein Recht lassen will, ist nicht zu verkennen. Innerhalb der rechten Grenzen aber ist sie wie völlig berechtigt, so in hohem Grade wünschenswerth. Denn nur sie vermag die Praxis vor jener Veräußerlichung zu bewahren, die erfahrungsmäßig der Einführung neuer Gesetzbücher zu folgen pflegt, und welche durch den übermäßigen Respect vor dem Wortlaut der Gesetze, durch das Haschen nach Präjudicien, und die falsche Werthschätzung von Schriftstellern, die häufig kein anderes Verdienst haben, als die ersten Commentatoren zu sein, unverkennbar gekennzeichnet ist. Die deutsche Jurisprudenz hat seit dem Beginne dieses Jahrhunderts unter der Leitung der römischen Juristen eine Blüthe erlangt, wie in keiner früheren Zeit, und es wäre verhängnißvoll, wenn wir wieder anfangen sollten, mit todten Rechtssätzen statt mit lebendigen Begriffen zu operiren.

Ist dies aber richtig, so wird auch die studirende Jugend nicht besser in die Theorie des neuen Processes eingeführt werden können, als an der Hand unserer gemeinrechtlichen Lehrbücher und Systeme. Es ließe sich zwar einwenden, der römische Proceß vermöge dieselben Dienste zu leisten, und eigne sich dazu besser, weil sein Studium des römischen Privatrechts wegen, das für alle Zukunft das beste juristische Bildungsmittel bleiben werde, ohnehin unvermeidlich sei. Dabei übersähe man jedoch, daß für das Verständniß des römischen Privatrechts vorzugsweise der s. g. Formularproceß, und nur in untergeordnetem Maaße der justinianische Proceß von Werth ist, daß dagegen propädeutisch nur ein systematisch abgeschlossenes Proceßsystem verwandt werden kann, und als solches der s. g. Formularproceß uns in den Quellen nicht entgegentritt, wohl aber der justinianische Proceß, der aber wieder an anderen Mängeln leidet, welche ihn zur Grundlage des processualischen Unterrichts untauglich machen. Denn erstens ist der justinianische Proceß in manchen Partieen kaum mit rechter Anschaulichkeit darzustellen, weil die Verhältnisse, unter denen er

wirkte, nicht ausreichend bekannt sind; und zweitens entbehrt er, was die Hauptsache ist, einer gleichen juristischen Durchbildung, wie sie das römische Privatrecht auszeichnet. In beiden Beziehungen steht er dem heutigen gemeinen Processe nach, der nicht nur von bekannten oder doch der Anschauung der Jugend leicht nahe zu bringenden Lebensverhältnissen ausgeht, sondern auch gewisse allgemeine Grundsätze durch alle Consequenzen hindurch zu so entschiedener Geltung gebracht hat, daß die neue Proceßgesetzgebung auch da bestimmte Stellung zu ihnen hat nehmen müssen, wo sie ihnen aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht bedingungslos beigetreten ist.

Und so mag denn dieses Buch zum dritten Mal sein Glück in der Welt versuchen. In seiner früheren Gestalt hat es sich manche Freunde erworben, auf deren Beifall es Werth legen durfte, aber doch keine eigentlich warme Aufnahme gefunden. Vielleicht gelingt es ihm durch das, was es in der jetzigen Gestalt seinen Förderern verdankt, sowohl die Ungunst der Verhältnisse, unter welchen es von Neuem erscheint, als auch die kühle Zurückhaltung zu überwinden, welche ihm bisher von vielen Seiten entgegengetreten ist. Ueber Mangel an Berücksichtigung — mitunter einer sehr weitgehenden — hat es sich freilich niemals zu beklagen gehabt.

Schwerin im Mai 1878.

Vorrede

zur zweiten Auflage.

Die vorliegende zweite Auflage ist von der ersten nach Form und Inhalt nicht wesentlich verschieden, und sie kündigt sich deshalb nicht als eine umgearbeitete, sondern nur als eine vermehrte und verbesserte an. Das System, die Vertheilung des Stoffes, die Unterabtheilungen, die Art und das Maaß der geschichtlichen Begründung sind unverändert geblieben. Selbst jene Ankündigung aber paßt nicht auf alle Theile in gleicher Weise. Die zweite und die dritte Abtheilung sind nur um einen halben Bogen vermehrt worden, und obschon auch in ihnen die bessernde Hand nicht verkannt werden wird, so sind doch die angebrachten Verbesserungen wenig zahlreich und bedeutend. In der That hat nur die schon im J. 1854 erschienene erste Abtheilung eine durchgreifendere Revision erfahren. Gerade die in ihr behandelten Lehren hatten während der letzten Jahre das wissenschaftliche Interesse in besonderem Maaß in Anspruch genommen, beinahe zu jedem §. waren neue, zum Theil vortreffliche Untersuchungen zu registriren, und sollten deren Resultate nicht in den Noten abgefertigt, sondern in einer ihrer Wichtigkeit entsprechenden Art verwerthet werden, so war eine Umgestaltung und Erweiterung des Textes unvermeidlich. Sodann aber lag, als ich vor länger als zehn Jahren an der Hand der zu meinen Vorlesungen benutzten Notizen die Arbeit begann, eine kurze, compendienartige Darstellung des Processes in meinem Plan. Während der durch eine Reihe von Jahren sich fortziehenden Ausarbeitung aber schwoll sowohl das geschichtliche, als das practische Material mehr und mehr an, ich selbst wurde reifer, und schließlich stand die erste Abtheilung gegen die späteren in allzu großem Nachtheil. Sie erschien nicht nur dürftiger ausgestattet, sondern litt auch unter der knappen, häufig nicht ganz durchsichtigen Darstellung, während sie gerade die practisch wichtigsten Lehren in sich schloß. Dieses Mißverhältniß mußte bei einer zweiten Auflage ausgeglichen werden, und ich hoffe dies durch die allerdings unerfreuliche Zugabe von beinahe sechs Bogen bewirkt zu haben.

Durch das ganze Buch aber sind nicht bloß Dunkelheiten und Unebenheiten, so weit sie mir auffielen, beseitigt worden, sondern namentlich in den Noten und Belegen hat es Manches zu bessern

und zu berichtigen gegeben. Gleichwohl bin ich weit entfernt versichern zu wollen, daß die in die Citate der ersten Auflage eingeschlichenen Fehler sämmtlich ausgemerzt worden seien; die vollständige Vergleichung der tausend und aber tausend Citate würde eine zu dem möglichen Gewinn in keinem Verhältniß stehende Arbeit erfordert haben. Auch weiß ich wohl, daß man nach mancher lehrreichen Verweisung, nach dem Resultat mancher neueren Untersuchung vergeblich suchen wird; es mag mir zur Entschuldigung dienen, daß ich die Revision in tiefer Familientrauer und unter den Vorbereitungen und Nachwirkungen meines Umzugs nach Tübingen habe besorgen müssen. Um so dankbarer bin ich einem meiner Schüler, dem Herrn Senator Dr. Dugge in Bützow, welcher mein Buch mit seltner Gründlichkeit und Einsicht durchgearbeitet, und mir eine reiche Ausbeute von Berichtigungen zur Disposition gestellt hat. Durch seine Güte ist diese zweite Auflage auch mit einem Inhaltsverzeichniß, so wie mit einem vollständigeren und brauchbareren Register ausgestattet worden. Aus dem, was ich ihm verdanke, ist mir recht klar geworden, um wie Vieles die Correctheit einer so umfassenden Arbeit gewinnen würde, wenn recht viele Leser ihre gelegentlichen Bemerkungen sammeln und dem Verfasser mittheilen wollten. Daß ich auch die geringste mit Dank entgegennehmen und prüfen würde, dafür liegt, wie ich denke, eine Bürgschaft in der Art und Weise, mit der ich mich durch wirklich lehrreiche Arbeiten zur Berichtigung, und durch minder gründliche wenigstens zu nochmaliger Prüfung meiner Ansichten habe bestimmen lassen. Selbst durch eine herbe und rauhe Schale bin ich bis zum Kerne durchgedrungen, und nur wenn ich den Kern taub fand, habe ich ihn weggeworfen.

Zur Erleichterung der Uebersicht würde es vielleicht gedient haben, wenn die zum Theil ziemlich langen §. in mehrere getheilt worden wären. Allein einestheils würden dann die auf die erste Auflage bezüglichen Citate in der zweiten gar nicht aufzufinden gewesen sein, und umgekehrt. Anderntheils aber fürchtete ich den systematischen Zusammenhang zu verdunkeln. Ich habe deshalb die Darstellung lieber durch andere Mittel, durch häufigere Absätze und Zahlen, übersichtlicher zu machen gesucht.

So hoffe ich, daß die fühlbarsten Mängel der früheren Arbeit in der gegenwärtigen Auflage vermieden sind.

Tübingen im November 1864.

Vorrede

zur ersten Auflage.

Wenn man schon von einem Kunstwerk fordert, daß es sich aus sich selbst erkläre, obgleich es, um geistige Vorgänge darzustellen, auf das Symbol und sinnliche Zeichen beschränkt ist, so wird an wissenschaftlichen Arbeiten, denen eine freiere Form des Ausdrucks zu Gebote steht, derselbe Anspruch mit ungleich größerem Recht erhoben; sie mit einer Apologie introduciren, sieht mehr einer Entschuldigung, als einer Rechtfertigung ähnlich. —

Ein Wort aber mag mir gestattet sein über die Anwendung, welche ich in dieser systematischen Darstellung des Processes der geschichtlichen Begründung gegeben habe. Mit Bethmann-Hollweg darin einverstanden, daß es in mehrfacher Beziehung wünschenswerth sei, in dem System auf eine vorausgegangene zusammenhängende Betrachtung des römischen, canonischen und deutschen Processes verweisen zu können, habe ich den von ihm in seinem Handbuch des Civilprocesses befolgten Plan, der auf einer Trennung von Geschichte und System beruht, doch nicht zu adoptiren vermocht. Die Specialität, welche der practische Gebrauch erfordert, würde im geschichtlichen Theil ermüden, die Uebersicht nicht erleichtern, sondern stören, und stete Wiederholungen nothwendig machen; eine weniger eingehende Behandlung der früheren Perioden dagegen würde für die Mehrzahl der Detailfragen kaum einen Anhalt gewähren, und jedenfalls den systematischen Theil von eingehenden historischen Untersuchungen nicht ganz befreien. Für mich aber, der ich nicht eine Geschichte, sondern ein System des Processes schreiben wollte, war folgende Betrachtung entscheidend.

Die Grundzüge des Civilprocesses weichen in den verschiedenen Phasen seiner Entwickelung nicht wesentlich von einander ab, weil sie in der That die logischen Consequenzen seines dem römischen, canonischen und deutschen Recht in gleicher Weise angehörigen Begriffes sind. Zwar hat die von der Kirche in Anspruch genommene Gerichtsbarkeit einen eigenthümlichen Ursprung und Character; sie ist aber doch auch eine wahre Gerichtsbarkeit, und der canonische Proceß in seiner Anwendung auf privatrechtliche Verhältnisse nicht weniger die Norm für die gerichtliche Geltendmachung verletzter Privatrechte. In Beziehung auf diese festen systematischen Grundlagen ist daher die Aufgabe

des Historikers nur die, daß er dieselben an der Stetigkeit, in welcher sie sich zu allen Zeiten und im verschiedensten Zusammenhang geltend machen, als das erkennen läßt, was sie sind, daß er sie ihrer Verhüllungen entkleidet, und die Evolutionen nachweist, in welchen sie sich zur vollen Erscheinung entfalten. Hier stört die historische Begründung die Harmonie der systematischen Darstellung nicht, sondern setzt die Identität der historischen und organischen Einheit recht eigentlich ins Klare.

Andrerseits aber hat der Proceß Bestandtheile, welche der Eigenartigkeit des nationalen Wesens einen weiteren Einfluß gestatten, und deshalb von wandelbarer Art sind, indem sie ihren Grund in der Rücksicht auf politische Zustände und Anschauungen, auf die Ungleichartigkeit der Lebensverhältnisse, auf die Realisirbarkeit der Rechte und Rechtsregeln haben. Bei diesen ist es nicht die Stetigkeit, sondern die allmählige Umwandlung, welche unser Interesse in Anspruch nimmt, und nicht an großen Massen, sondern an zahlreichen Einzelbestimmungen haben wir zu untersuchen, wie sich aus früheren Schicksalen ihre gegenwärtige Gestalt gebildet hat. Die Geschichte dieser Lehren kann daher nur im Zusammenhang des Ganzen zu brauchbaren practischen, und nur bei ununterbrochener Durchführung zu sicheren historischen Resultaten führen. Sie fällt in beiden Beziehungen mit einer critisch genauen Benutzung der Quellen zusammen, welche (wenigstens regelmäßig) vom römischen Recht ausgehen, und nur aus ihm zu erklären sind. Gerade dieser Punct aber schien mir von um so größerem Gewicht, als seit vollen zwei Jahrhunderten die Quellen des Processes eine gründliche Behandlung nicht erfahren haben, und jetzt unter dem Schutt einer abgestandenen Tradition gleichsam von Neuem zu entdecken sind. Wie wenig dieselben sogar in neueren, noch immer viel benutzten Büchern geachtet und verstanden werden, ist kaum zu sagen, und wenn irgend wo, so darf man sich auf diesem Gebiet des Aufschwungs freuen, den das historische Studium des römischen Rechts in den letzten Decennien genommen hat. Es hat an dem älteren römischen Proceß unsern Sinn für den justinianischen geschärft, und aus der genaueren Kenntniß des letzteren sind wir erst über die Kluft klar geworden, welche zwischen ihm und dem heutigen Proceß besteht. Diese Kluft aber ist durch ein selbständiges Quellensystem nicht überbrückt; weder das canonische Recht, noch die Reichsgesetze können als solches gelten, und obschon wir in den processualischen Schriften des Mittelalters zusammenhängende Darstellungen des damals geltenden Processes finden, so haben diese doch nicht im Ganzen, sondern nur so weit sie die Einfügung deutscher Rechtsgewohnheiten in den Organismus des fremden Processes vermitteln, also nur für einzelne Puncte

die Bedeutung wirklicher Quellen. Immerhin also bildet das römische Recht die Grundlage unseres Processes, welcher durch die späteren Quellen nur modificirt, nicht vollkommen umgestaltet worden ist; werden wir gleich in einzelnen Lehren von den deutschen Rechten ausgehen müssen, so wird dadurch die Sache im Großen doch keine andere.

Hiermit soll jedoch dem Einfluß, welchen deutsche Rechtselemente auf die Gestaltung der heutigen Praxis geübt haben, nicht der geringste Eintrag geschehen. Wir Romanisten sind gewiß in dieser Beziehung vollkommen unbefangen, und freuen uns der Resultate, welche ein tieferes Studium des alt-deutschen Processes geliefert hat, nicht weniger, als der Reisende eines Landsmanns, der ihm in weiter Fremde begegnet. Aber täuschen darf man sich darüber nicht, daß diese Resultate einen unmittelbaren Gewinn für die Gegenwart nicht geben, daß sie für diese noch fruchtbar zu machen sind, und daß erst in neuerer Zeit der Schlüssel hierzu gefunden worden ist. Durchlaufen wir nämlich die Litteratur des Processes, so begegnen wir einer Menge von Sätzen, welche mitunter zwar direct auf Gewohnheit gegründet, häufiger aber in mehr oder minder gezwungener Weise aus dem justinianischen Rechtsbuch deducirt werden. Diese Deductionen nun würden, und kehrten sie noch so constant wieder, unsere bessere Erkenntniß nicht fesseln können, während ihre Auctorität keinem Zweifel unterliegt, sobald sich in ihnen das eigne, d. h. das germanische Gefühl der Juristen zur Geltung zu bringen gesucht hat. Um hierüber ins Klare zu kommen, müssen wir allerdings den alt-deutschen Proceß aus seinen reinsten Quellen kennen, und zwar nicht bloß in allgemeinen Zügen, sondern gerade in dem ihn von dem römischen unterscheidenden eigenthümlichen Character, dürfen aber dann doch bei jenen Juristen nicht seine ursprünglichen Formen und Verbindungen erwarten, sondern deutsche Gedanken in römischen Ausdruck gekleidet, oder deutsche Regeln in neue Beziehungen gesetzt. So die Aufgabe verstanden, bieten besonders die italienischen Juristen, jedoch nicht bloß sie, auch die älteren deutschen und namentlich sächsischen reiche Mittel, den Zusammenhang zwischen der Vergangenheit unseres nationalen Rechtslebens und dessen gegenwärtigem Zustand uns ins Bewußtsein zurückzurufen, und ich selbst würde diese Arbeit der Veröffentlichung nicht werth achten, wenn sie nach dieser Seite hin dem deutschen Element nicht sein volles Recht wiederfahren ließe. —

Und so wünsche ich denn diesem Buch eine freundliche Aufnahme. Vieles hatte ich zu erreichen mir vorgesetzt, Correctheit und Vollständigkeit in den Quellenbelegen, sichere Begründung der Praxis, Reichthum im Detail, Einfachheit und natürliche Gliederung in der systematischen Anordnung, und wäre es mir gelungen, in dem System des Processes wieder mehr die Beziehung auf das materielle Recht

hervortreten zu lassen, welche dem römischen Proceß der früheren Zeit einen so hohen Reiz verleiht, so hätte auch das nicht außerhalb meines Wunsches gelegen. Niemand aber kann lebhafter fühlen, als ich selbst, wie weit das Geleistete von diesem Ideal absteht, daß Manches nicht klar genug erfaßt, und manches klar Erfaßte durch die Unvollkommenheit der Darstellung verdunkelt worden ist. Nur das Eine weiß ich, daß ich mich der Auctorität des historisch Gewordenen mit völliger Hingebung untergeordnet habe, und zufrieden sein werde, wenn Andere von dieser Arbeit urtheilen: „Non fumum ex fulgore, sed ex fumo dare lucem cogitat."

Rostock im September 1854.

Inhalt.

Einleitung.

Seite

Aufgabe der Theorie des Civilprocesses . . . . §. 1 1
Selbstvertheidigung und Selbsthülfe S. 1 f. Hülfe des Staates auf dem Wege des processualischen Verfahrens. Begriff des Civilprocesses S. 2, insbes. des gemeinen deutschen S. 2 f.

Quellen . . . . §. 2 3
Die des gemeinen Rechts S. 3, insbesondere canonisches Recht S. 3 f., Gesetzgebung des alten deutschen Reichs S. 4—7, bundesgesetzliche Normen, Gesetzgebung des neuen deutschen Reichs, Wissenschaft S. 8.

Literatur . . . . §. 3 9
I. Die italienische bis ins 15. Jahrhundert S. 9—16, II. die deutsche: vor der Reception des R. R. S. 16—18, nach dessen Reception S. 18—22, insbes. die älteren sächsischen Juristen S. 22—26, der romanisirenden Juristen S. 24 f., die älteren Cameralschriftsteller S. 26 f., die gemeinrechtlichen Juristen seit der 2. Hälfte des 17. sec. S. 30—34.

System . . . . §. 4 35
Im Allgemeinen S. 35 f., Rechtfertigung des in diesem Werke zu Grunde gelegten Systems S. 36 f.

Erstes Buch.

Von den Parteien und den Parteihandlungen.

Von dem Parteiverhältniß . . . . §. 5 38
Die actio als Grundlage des judicium S. 38; Consequenzen: 1. Widerstreit der Parteirollen S. 38 f. 2. Aufgabe der Parteien

Seite

(judicia duplicia) S. 39 f. 3. Nur ein Kläger und nur ein Verklagter (judicia divisoria) S. 40 f.

Von der successorischen Theilnahme Dritter an einem anhängigen Proceß (reassumtio litis) . . . . §. 6 41
1. Universalsuccession S. 41—43. 2. Singularsuccession (als Ausnahme von dem Verbote der Veräußerung litigiöser Sachen und Klagen) S. 43—47.

Von der accessorischen Theilnahme Dritter.

1. Dritte Interessenten (interventio, litis denunciatio, laudatio auctoris) . . . . §. 7 47
Interesse Dritter an einem anhängigen Proceß S. 47—50. 1. Intervention S. 50. f. 2. Litisdenunciation S. 52—54. 3. Nennung des Auctors S. 54—57.

2. Advocaten . . . . §. 8 58
Berechtigung zum Betriebe der Advocatur S. 58 f., Pflichten S. 60—62, Thätigkeit des Advocaten S. 62 f., Natur des zwischen dem Advocaten und seinem Clienten bestehenden Rechtsverhältnisses S. 63, Honorar und dessen Beitreibung S. 64—68.

Von der processualischen Vertretung . . . . §. 9 68
Römisches Recht: Princip und dessen Folgen S. 68—70, insbes. 1. Sicherung der Gegenpartei S. 70—72, 2. Uebertragung der Wirkung des Urtheils auf den Vertretenen S. 72 f., 3. dominium litis S. 73 f. Heutige Auffassung S. 75, Legitimation S. 76 f. — Präsumtion eines Auftrags S. 77 —, clausula heredum, clausula substitutionis S. 78.

1. Gewillkührte Vertreter (Procuratoren) . . . . . §. 10 78
Ihre Bestellung als Sache freier Entschließung S. 78, Ausnahmen S. 79, Fähigkeit zur Bestellung und zur Procuratur S. 79 ff., Mandat als Act der Bestellung S. 81 f., wie es wirkt 1. in Betreff der Legitimation S. 82—85, 2. als Vertrag mit Zuhülfenahme der Restitution wegen Pflichtversäumniß des Procurator S. 85 f.

2. Gesetzliche Vertreter . . . . §. 11 86
1. Vormünder S 87 f. 2. Vertreter juristischer Personen S. 88 f. 3. Patresfamilias S. 89 f. — Restitution der Vertretenen wegen Pflichtverletzung der gesetzl. Vertreter S. 90 f.

Von der legitima persona standi in judicio . . . . §. 12 91
Sie fehlt 1. den Handlungs- und Dispositionsunfähigen S. 92 f., theilweise auch den Haussöhnen S. 93 f., so wie 2. nach dem neueren Sprachgebrauch den postulare prohibiti S. 95 f. Practischer Unterschied beider Fälle S. 95 f.

Von dem Dispositionsrecht der Parteien in Anwendung auf die Proceßführung . . . . §. 13 97
Regel S. 97 f. Ausnahme: die Provocationen. Deren Ursprung S. 99 ff.; deren Anwendung 1. gegen eine Mehrheit von Interessenten S. 101 f., 2. gegen Einzelne S. 103 ff., a. ex. l. Diffamari S. 104—110, b. ex l. Si contendat S. 111—112, Verfahren in den letzten beiden Fällen S. 112—114.

Die litis contestatio . . . . §. 14 114
Ihr Wesen und Gegensatz gegen die confessio in jure S. 115 ff.

Seite

Ihre Form in geschichtl. Entwickelung S. 117—123. Ihre Wirkungen: Unveräußerlichkeit litigöser Sachen und Klagen und Verbot der attentata S. 123—126 f., Consumtion der actio und Begründung einer durch die Existenz des Klagrechts bedingten obligatio judicati S. 126—128, worin zugleich liegt, daß nach dem Zeitpunct der L. C. sowohl die Existenz des Klagrechts, als der Umfang der Condemnation zu beurtheilen ist, S. 129—132. Bestimmung des Zeitpuncts, in welchem nach heutigem Recht die Wirkungen der L. C. eintreten, S. 134—135. Vertheidigung des Verklagten gegen das Ansinnen der Einlassung: Rüge von ersichtlichen Klagmängeln, Geltendmachung von Proceßeinreden S. 135—142.

Von den aus der L. C. entspringenden Parteihandlungen (oder von der Vertheilung der Beweislast) . . . §. 15 142

Die gegenseitigen thatsächlichen Behauptungen und die Beweislast im Allg. S. 142—145, insbes. die s. g. praesumtiones juris und facti S. 146 f. und der Beweis der Negativen S. 145—149.

Die Klagthatsachen . . . . §. 16 149

Der active und der passive Klaggrund S. 150—155. Irrthümliche Theorie über die legitimatio ad causam S. 155 f.

Die Einreden . . . . §. 17 156

Begriff S. 157 f., und Arten: ipso jure wirkende Vertheidigungsgründe, welche entweder a. rechtshindernd S. 158—161, oder b. rechtsvernichtend sind S. 161; 2. Exceptionen S. 162—164. — Beweis der Einreden, insbes. der negativen, S. 164—166.

Die Repliken, Dupliken, Tripliken . . . . §. 18 166

Ipso jure S. 166—168 und ope exceptionis wirkende Repliken S. 169 f., Dupliken, Tripliken u. s. w. S. 170.

Die Responsionen . . . . §. 19 170

1. Geständniß (confessio in judicio) S. 171 f. 2. Leugnen S. 172—174, insbes. das indirecte (s. g. qualificirtes Geständniß) S. 174—176.

Vom Beweis im Allgemeinen . . . . §. 20 176

Beweis und Gegenbeweis S. 176—178. Keines Beweises bedürfen 1. durch zugestandenen Gegenangriff entkräftete Behauptungen S. 178, 2. Rechtssätze S. 178 f., 3. notorische Thatsachen S. 179—187.

Von den Beweismitteln . . . . §. 21 187

1. Aelteres germanisches Beweissystem S. 188—190. 2. Römisches S. 191 f. 3. Heutiges (gemischtes) S. 192—194. — Beweiseinreden S. 194. Bescheinigung S. 195 und liquider Beweis S. 195 f., insbes. bei der Compensationseinrede S. 196.

Außergerichtliches Geständniß . . . . §. 22 196

Als Beweismittel nicht außergerichtliche Anerkennung von Rechtsverhältnissen S. 196—199, sondern Erklärung einer Partei über von ihr wahrgenommene S. 199, nachtheilige Thatsachen S. 199 f., animo confitendi abgegeben S. 201 f. Aeußere Form S. 202 f. Exc. non numeratae pecuniae S. 203—206.

Zeugenaussagen . . . . §. 23 206

Begriff der Zeugenaussage als der Aussage eines unbetheiligten

Seite

Dritten über von ihm wahrgenommene Thatsachen S. 206, und I. daraus sich ergebende wesentliche Eigenschaften des Zeugen: 1. Fähigkeit der Wahrnehmung und Mittheilung S. 207. 2. Abwesenheit eigenen Interesses 208 f. II. Besondere Garantien: 1. Beeidigung S. 210 f. —, Verdächtigkeit (insbes. interrogatoria generalia) S. 213 —, 2. gerichtl. Vernehmung S. 214 f. —, Excusation S. 215 f., Abhörung im Einzelnen (insbes. interrog. specialia) S. 216—218, schriftl. Zeugnisse S. 218 —, 3. Uebereinstimmung zweier Zeugenaussagen S. 218 f.

Urkunden . . . . §. 24 220

Bedeutung der Urkunden als dauernder Formen des Gedanken- und Willensausdrucks S. 220 f. I. Ihr Inhalt erfordert entweder 1. eine Disposition (dispositive U.) S. 221—223, oder 2. ein Geständniß (s. g. Privat-U.) S. 223 — Handelsbücher S. 224—228 —, oder 3. ein öffentliches Zeugniß (öffentliche U.) S. 229 f. — probatio in perpetuam rei memoriam S. 230—231, instrumenta publica und forensia S. 232, notarielle S. 232—235, archivalische U. S. 236 f. —; II. ihre Form: Unverfälschtheit S. 236 f., und Aechtheit S. 237 f., sowohl was 1. öffentliche U. S. 238 f., als was 2. s. g. Privat-U. S. 239 ff. — Schriftenvergleichuug S. 240 f., Diffessionseid S. 241—244 —, und 3. dispositive U. S. 244 f. anbelangt. Vorlegung der Urkunden zum Zweck des Beweises S. 245 f. — referens sine relato S. 248 ff., vidimirte Abschriften S. 247 f., Exemplification alter U. S. 248 f. — U.-Edition und Editionseid S. 249 f.

Der Eid . . . . §. 25 250

Rückblick S. 250 ff. — probatio per aequipollens, Gemeinsamkeit S. 252 f., Uebereinstimmung und Collision der producirten Beweismittel S. 253 f. — Die aushelfende Bedeutung des Eides im System der Beweismittel S. 254 f. I. Wesen des E. als der von einer Partei mit Beziehung auf die Heiligkeit Gottes gemachten Aussage über wahrgenommene vortheilhafte Thatsachen: das religiöse Element S. 255—259 — Meineidige S. 257, Surrogate des Eides S. 257 f. —; die vorausgesetzte Wahrnehmung S. 259 — Glaubenseid S. 259—264, im Gegensatz zum Ignoranzeide S. 264 f. —; Ableistung des E. durch den dominus S. 266 — den gesetzl. Vertreter S. 266—270, den Cedenten S. 270, den Intervenienten S. 270—272 —; Eid über Gegenstände technischer Beurtheilung, eidl. Schätzungen S. 272 f. II. Sichernde Garantien der Beweisführung durch Eidesleistung und Arten der Eide S. 274, Zusammentreffen mehrerer Eide S. 274 f.

1. Der nothwendige Eid . . . . §. 26 276

Begriff S. 276. Welcher Partei er aufzulegen ist S. 277—279. Feststellung von Quantitäten durch denselben S. 279 f. Restitution gegen die Folgen der Auflegung im Falle neuaufgefundener Beweismittel S. 280 f.

2. Der zugeschobene Eid . . . . §. 27 281

Der außergerichtlich S. 281 f., der in jure zugeschobene E. des R. R. S. 281—284, seine Beseitigung in der deutschen Praxis S. 284 f. Der in judicio (über Thatsachen) zugeschobene E. S. 285 ff. 1. in eventueller Verbindung mit anderen Beweismitteln S. 286 f. 2. als Glaubenseid S. 287, 3. ohne vorgängigen Calumnieneid S. 288, 4. abzuwenden durch die Gewissens-

Seite

vertretung S. 288—292, 5. unter Umständen in seinen Folgen aufzuheben durch Restitution S. 292 f.

Von einigen außerordentlichen Eiden . . . . . §. 28 292
1. Der Würderungseid S. 292—294, insbes. als juram. Zenonianum S. 294. 2. Der Manifestationseid S. 294 ff., Grundlagen desselben im römischen S 296 f. und sächsischen Recht S. 297, heutiges Recht S. 298—301.

Von der Bescheinigung (summatim cognoscere) . . . §. 29 302
Begriff S. 302. Fälle der Anwendung S. 303—305. Maaß und Mittel der zu erbringenden Wahrscheinlichkeit, Calumnieneid, S. 305—308. Vertheidigung des Imploraten S. 308 f.

Von der Sicherung gegen den Mißbrauch der processualischen Angriffs- und Vertheidigungsmittel . . . . §. 30 309
I. Strafen S. 309 f.: 1. Ausschließung des Einredebeweises, 2. Uebertragung der Beweislast S. 311, 3. Verlust gewisser Rechtswohlthaten S. 311. II. Präventiv-Maßregeln S. 311 ff.: 1. Calumnieneid im Allg. S. 312 f., a. genereller S. 312—314, b. specieller S. 314 f., 2. Cautionen S. 315 f., a. des Verklagten: caut. judicatum solvi und judicio sisti S. 316—319, b. des Klägers: caut. de lite prosequenda, pro expensis, pro reconventione S. 319 f. Art der Cautionsleistung S. 321—323. Geltendmachung der Cautionspflicht, insbes. Arrest S. 323, Sequestration S. 323—325, (possessorium summarium S. 325—326). 3. Gerichtsgebühren S. 327, insbes. Armenrecht S. 327—329.

Zweites Buch.

Von der Gerichtsbarkeit und den gerichtlichen Handlungen.

Vom Subject der Gerichtsbarkeit . . . . §. 31 330
Der Träger der Staatsgewalt als Subject der Gerichtsbarkeit. Beschränkungen S. 330.

Die Gerichtsbarkeit der Kirche . . . . §. 32 331
Verhältniß von kirchl. und staatl. Gerichtsb. S. 331—333. G. d. K. 1. ehemalige über Laien S. 333 f. und Cleriker S. 334—338, 2. über causae ecclesiasticae S. 338 f. und mixti fori S. 340, insbes. nach heutigem Recht S. 340.

Die Gerichtsbarkeit der Landesherrn . . . . . . §. 33 341
Allgemeine Gesichtspuncte S. 341—343. Die Gerichtsb. A. in der fränkischen Monarchie S. 343 f., ausgeübt 1. als außerordentliche unmittelbar vom Könige S. 343 f. und für ihn durch den Pfalzgrafen S. 348 und die missi dominici S. 348 f.; 2. als ordentliche durch den Grafen und Schultheiß S. 349 f., insbes. durch den Grafen S. 351 f., den Schultheiß S. 352 f., im ächten Dinge S. 353 f., im gebotenen S. 356 f.; Rachimburgen, Schöffen S. 358 f.; 3. in den Hofgerichten S. 359 f., über Unfreie S. 359 f., über freie Hintersassen S. 360 f.; Immunität S. 361 f. B. im deutschen Reiche S. 363 ff. 1. Kaiserliche Gerichtsb. in höchster

Seite

Instanz S. 363, insbes. Competenz und deren Beschränkung durch privilegia de non evocando S. 363 f., privilegia de non appellando S. 365; Ausübung der Competenz persönlich durch den Kaiser S. 366, den Pfalzgraf S. 367, den Hofrichter S. 368, den Kammerrichter S. 369, das Reichskammergericht S. 369 f. (Gründung, Besetzung S. 371 f., Competenz S. 372), den Reichshofrath S 373 f. (Gründuug, Competenz, Besetzung S. 375, Sitz S. 375). 2. Die landesherrlichen Gerichte S. 375 ff. Umgestaltung der Gerichtsverfassung in Folge der Entwickelung der Landeshoheit S. 375; der Vogt als landesherrlicher Beamte S. 376 f., die Gerichtsverfassung des Sachsenspiegels im Uebergangsstadium S. 378 f.; die kaiserl. Landgerichte S. 379 f.; Abstufungen der landesherrlichen Gerichte S. 381, Verschmelzung von Cent- und Grafengerichten S. 381, Hofgerichte S. 382 ff., Wirkung der Reception des R. R. auf die Besetzung der G. S. 385 f., die Kanzlei und ihr Verhältniß zum Hofgericht S. 386 f. 3. Die landesherrl. Niedergerichte S. 387 f., die Stadtgerichte S. 388, die Patrimonialgerichte S. 389, Eindringen der Rechtsgelehrten in die Rechtspflege S. 390. i. C. im 19. sec. seit Auflösung des Reichs 1. Gerichte der souveränen Bundesglieder S. 392, 2. der Mediatisirten S. 391; Gründung des neuen deutschen Reichs S. 394, Einfluß auf die Justizhoheit der Einzelstaaten S. 395, das Reichsoberhandelsgericht S. 396, das Gerichtsverfassungsgesetz des Reichs S. 396 f.

Von der Ausübung der Gerichtsbarkeit im Allgemeinen §. 34 398

Verhältniß von Gerichtsherrlichkeit und Rechtspflege S. 398 f., letztere gesichert 1. durch die Unabsetzbarkeit der Richter S. 399, 2. durch den Ausschluß der Cabinetsjustiz S. 399—402. — Landesherrl. Oberaufsicht über die Rechtspflege S. 402.

Von der Uebertragung der Ausübung der Gerichtsbarkeit §. 35 402

Die Befugniß zur Ausübung der Gerichtsb. 1. als übertragenes Amt S. 402 f. Jurisd. ordinaria und delegata S. 403. Die Delegationen im R. und C. R. S. 403, des deutschen Kaisers, des R. H. Raths und R. K. Gerichts S. 404 f., in den Territorien S. 405; Wahl des Commissars S. 406—408, Commissorium S. 408 f., Appellation vom Commissar S. 409 f., Kosten, Commissorium an Mehrere, Beendigung des Commissorium S. 411 f. 2. als privates Recht S. 412 f. Character, Art der Ausübung S. 413, insbes. Justitiare S. 414. — Jurisd. officialis und mandata, Deputationen von Richtercollegien S. 414 f.

Von der inneren Organisation der Gerichte . . . . §. 36 415

I. Richter S. 416. Einzelrichter und Collegialgerichte S. 416 f.; Erfordernisse zur Bekleidung des Richteramts im Allg. S. 418 f., a. Fähigkeit der Wahrnehmung und des Urtheils S. 419, b. Abwesenheit eigenen Interesses S. 420; besondere Garantien gegen die Ungerechtigkeit des Richters, insbes. Syndicatsklage, Strafen der Bestechung, Beeidigung, S. 420 f., Recusation S. 422 (Perhorrescenzeid S. 422 f., Gründe zur Recus. S. 423. competente Behörde S. 425, Verfahren S. 425 f., Erfolg des Recus. Gesuches S. 426). II. Gerichtsschreiber S. 427—432. Aelteres deutsches, can. R. und Reichsgesetzgebung S. 427—430, Functionen S. 431 f., publica fides S. 433, Anfechtung der Protocolle S. 433—436. III. Gerichtsdiener S. 437 f.

Seite

Von der äußeren Organisation der Gerichte oder der objectiven Competenz . . . . §. 37 439

Höchstes Gericht, Mittelgerichte, Untergerichte S. 439. Die Untergerichte mit lediglich territorial bestimmter Competenz als ordentliche Gerichte; daneben Ausnahms-Gerichte S. 440, I. mit persönlich bestimmter Competenz 1. wegen bevorzugten Standes S. 441—442, 2. wegen gemeinsamen Lebensberufes S. 442 f.: a. academische S. 443—446, b. Kriegsgerichte S. 446—453, II. mit sachlich bestimmter Competenz 1. für peinliche Sachen S. 453, 2. für bestimmte Kreise von Rechtsverhältnissen S. 453 f.: a. Lehengerichte S. 454—459, b. Meierdinge S. 459 f.

Vom Verhältniß der einzelnen Gerichte zu einander . . §. 38 460

I. Subordination S. 461. Die höheren Gerichte bilden A. nur ausnahmsweise die erste Instanz, und zwar 1. für Schriftsässige und peinl. Sachen S. 461, 2. in Folge der Devolution S. 461 f., wegen Verweigerung oder Verzögerung der Justiz S. 463, wegen continentia causarum ex identitate fund. personali vel reali S. 464, sind B. regelmäßig Rechtsmittelinstanzen S. 465 und üben C. eine Disciplinargewalt über die unteren Gerichte 1. eine allgemeine S. 465 f., 2. eine besondere S. 466 f. II. Coordination S. 467. Grenzen der object. Competenz und Folgen ihrer Ueberschreitung S. 467, Requisitionen S. 468 (1. Competenz des requirirenden S. 471 f., 2. Competenz des requirirten Gerichts S. 472. 3. Verfahren vor diesem S. 472 f.).

Von der subjectiven Competenz oder dem Gerichtsstand . §. 39 473

Subj. C. und Gerichtszwang S. 474 f. C. über den Landesherrn S. 475—477. Allg. Regeln: 1. Fortdauer der einmal für einen Rechtsstreit begründeten C. S. 477 f., 2. Richtigkeit der Verfügungen des incompetenten Gerichts S. 478—482, Prorogation des Gerichtsstandes S. 482, 3. Bestimmung der C. nach des Verklagten Person S. 482 f.

Die allgemeinen Competenzgründe . . . . §. 40 483

Im röm. Reich origo und domicilium S. 483—484, in Deutschland nach altem Recht Wohnsitz und Grundbesitz S. 484 f. (Hantgemal S. 485 f.), seit der Reception des R. R. nur particularrechtlich der volle Landsassiat S. 487—488, allgemein der Wohnsitz S. 489 f. (insbes. 1. bei juristischen Personen S. 490, 2. auf Grund des öffentl. Rechts S. 490 f., 3. bei abhängigen Personen S. 491 f.). Surrogat des Wohnsitzes bei Personen ohne Wohnsitz S. 492 f.

Die speciellen Competenzgründe . . . . §. 41 493

Gerichtsstand I. des Erfüllungsortes S. 493—498, II. des begangenen Verbrechens S. 498 f., III. der gelegenen Sache S. 499—501, IV. der Zwangsbefugniß, 1. und zwar in einzelnen Fällen des R. R. S. 502 f., 2. des Arrests S. 503—505, V. der Abhängigkeit, nämlich 1. der materiellen Connexität S. 505—507, 2. der Widerklage S. 507—509.

Von der Concurrenz und Collision mehrerer Competenzgründe . . . . §. 42 510

Voraussetzung und Auflösung der Concurrenz S. 510 f., der Collision S. 511 f.

Seite

Vom Inhalt der Gerichtsbarkeit . . . . §. 43 512
Eintheilung der Gerichtsb. in criminelle und civile S. 512 f., sowie dieser in freiwillige S. 513 f. und streitige S. 514—516. Die letztere schließt eine zwiefache Thätigkeit, Cognition und Zwang, in sich, S. 514 f., welche juris publici ist, S. 515 f., und 1. von dem Verhandlungsprincip: a. Ne procedat judex ex officio, S. 516—519, b. Ne eat ultra petita partium, S. 519 f., c. Quod non in actis, non est in mundo, S. 520 f. sowie 2. von dem Grundsatz des gegenseitigen Gehörs S. 522 f. beherrscht wird.

Die richterliche Cognition . . . . §. 44 523
I. Ihr Wesen, bestehend 1. in der Erkenntniß von Thatsachen S. 523 ff. (Augenschein S. 523—526, insbes. zum ewigen Gedächtniß S. 526.) 2. in der Beurtheilung von Thatsachen S. 527 f., insbes. mit Hülfe a. von Sachverständigen S. 528 ff. (Verhältniß zu sachverst. Zeugen S. 529 f., Wahl S. 530—532, Gutachten S. 532—534), b. von Spruchbehörden S. 535 (Ursprung S. 536—538, Wahl, Verfahren S. 538, Kosten S. 539); II. ihre Manifestation 1. im Endurtheil S. 540, 2. in der Proceßleitung S. 541.

Die Proceßleitung . . . . §. 45 541
Richterliche Prüfung der Parteihandlungen S. 541 f. Richterl. Thätigkeit 1. auf ungenügende S. 541—545, 2. auf genügende Parteihandlungen S. 545—547. Einfluß der Form des Verfahrens S. 548.

Das Endurtheil . . . . §. 46 549
Das E. als nothwendige Folge der Litis Contestation. Ausnahmen S. 549 f. Beifügung von Entscheidungsgründen S. 551. f. Das E. muß enthalten entweder 1. die Freisprechung S. 552 f. oder 2. die Verurtheilung S. 553 (Bestimmtheit des Objects im röm. und heut. Recht S. 554, Vorbehalt einer Liquidationsinstanz S. 555 f.) oder 3. theils Freisprechung, theils Verurtheilung des Verklagten S. 556 f. Abweichungen von dieser Regel: a. die cautiones judiciales im röm. und heut. Recht S. 558—561, b. das Urtheil in den judicia duplicia S. 561 f., c. die Proceßkostenerstattung S. 562 ff. (Rechtsgrund S. 563—566, Compensation S. 566, Beschränkung S. 567, im Fall eines Zwischenverfahrens S. 567 f., im Fall der Contumacia S. 570; Erkenntniß über die P. K. S. 570; Feststellung derselben S. 570.)

Fortsetzung (Wirkungen des Endurtheils) . . . . §. 47 571
Anknüpfung an die Wirkungen der Litis Contestation S. 571—573 (Fortdauer einer nat. obligatio nach ungerechter Freisprechung S. 572 f.) Die Rechtskraft im materiellen Sinne äußert sich 1. als exceptio rei judicatae S. 574 und zwar theils in der s. g. negativen Function S. 575 f. (vorausgesetzt die Identität der alten und der neuen Klage a. in subjectiver Beziehung S. 576—580, b. in objectiver Beziehung, nämlich α. hinsichtlich des Objects S. 580—582, β. des Klaggrundes, des passiven S. 582—585, und des activen S. 585—590; processualische Form der Geltendmachung der negativen Function S. 591 f.), theils in der s. g. positiven Function S. 592 ff. (insbes. bei dingl. Rechten S. 592, bei bedingenden gegenüber den bedingten Rechten S. 592—594, auch S. 595 f.; Widerlegung weiter ge-

Seite

hender Ansichten S. 594 f.; Rechtskraft der Entscheidungsgründe S. 596 f.) 2. als actio judicati S. 597 ff., insbes. tempus judicati S. 598, Verhältniß zum einfachen Executionsantrag S. 599 f., zulässige Einreden S. 600 f.

Der richterliche Zwang . . . . §. 48 601
I. Disciplinargewalt S. 602 f. II. Processualischer Zwang auf Grund 1. des Endurtheils S. 604 f., 2. der Proceßleitung S. 604 f.; Gleichartigkeit des Ungehorsams in diesen beiden Fällen S. 604 f.

Die Contumacialnachtheile . . . . §. 49 605
Nachtheile der Nichtbefolgung monitorischer Ladungen (insbes. Circumduction des Termins) S. 606. Folgen der eigentlichen Contumacia im Allg., insbes. Grenzen des wider dieselbe anzuwendenden (indirecten und vorübergehenden) Zwanges S. 608 (dilatorische und peremtorische Auflagen S. 608). Allgemeine C. N. S. 609. Specielle C. N. S. 609 1. im Fall der eintretenden C. vor der Litis Contestation a. des Klägers S. 609—612, b. des Verklagten S. 612 f. und zwar im R. R. S. 613 f. (wider den geladenen S. 614 f., wider den — sei es einfach abwesenden S. 614, sei es latitirenden S. 614 — nicht geladenen Verklagten S. 614—618), C. R. und Reichsgesetzgebung S. 618 ff. (missio in bona, Excommunication, Acht S. 619 f., einseitiger Klagbeweis S. 620 f.), im heutigen Recht S. 621 ff. (insbes. Verschiedenheit der Folgen der Versäumung und der Verweigerung S. 621 f.); 2. im Fall der nach der L. C. eintretenden C., und zwar im R. R. S. 622—624, im can. und heut. Recht S. 624 ff., insbes. a. bei willkührlichen S. 625—627, b. bei nothwendigen Handlungen S. 627 ff., jenachdem Versäumung S. 628 f. oder Verweigerung vorliegt S. 629—631. — Wegfall der C. N. S. 632 f.

Die Executionsmittel . . . . §. 50 633
Zur Erzwingung I. von Geldleistungen 1. Pfändung S. 634 ff. (Objecte S. 636 f., Verfahren S. 637—641), 2. Schuldhaft, im R. R. S. 641—643, im älteren deutschen S. 643 f., im heutigen Recht S. 645, 3. Einlegung einer Wache S. 645; II. des exhibere, restituere, tradere und dare S. 646 f. (gerichtlicher Verkauf der restituirten Hypothek S. 648 f.); III. von Cautionsleistungen S. 649; IV. von sonstigen Leistungen S. 649 f.

Von den Beschränkungen der richterlichen Gewalt . . §. 51 650
Unwiderruflichkeit der Endurtheile S. 651 und der interlocutiones vim definitivae habentes S. 652—655; daneben Zulässigkeit a. der Berichtigung von Rechen- und Schreibfehlern S. 655—657 und b. der Declaration der Urtheile S. 657—659. Anfechtbarkeit der richterl. Verfügungen, nach R. R. S. 659 f., nach can. und heutigem Recht S. 661—663.

Von den Rechtsmitteln insbesondere . . . . §. 52 663
Ihr materieller Begriff und ihre Verschiedenheiten 1. nach Voraussetzungen S. 664—668, 2. nach Richtung und Ziel S. 668 f. Ihr formeller Begriff und ihre Verschiedenheiten S. 669 ff. in Rücksicht 1. auf die Einlegung und deren Frist S. 669 f., 2. auf den Suspensiveffect S. 670—673, 3. auf den Devolutiveffect S. 673.

Die processualische Restitution . . . . §. 53 674
Als prätorische Restitution in Anwendung auf processualische

Seite

Nachtheile erfordert sie eine Verletzung S. 674—678 (Verhältniß zur Appellation S. 675 f.) und einen Restitutionsgrund, welcher a. bei verletzenden Handlungen und Unterlassungen: Minderjährigkeit S. 679, Versehen des processualischen Vertreters S. 679—681, b. bei verletzenden Unterlassungen: Abwesenheit, körperliche und geistige S. 682—683, auch Irrthum (rest. propter nova reperta) S. 683—687 und dolus S. 687—689, c. bei verletzenden Handlungen: Irrthum S. 689 f. und Furcht S. 690 sein kann. — Ausschluß der R. 1. durch Verzicht S. 691 f., 2. durch richterl. Zurückweisung S. 691, 3. durch Verjährung S. 691 f. — Competenz zur Ertheilung der R. S. 693 f. Verfahren S. 694 ff., insbes. Nachweisung des Restitutionsgrundes S. 696, der Verletzung a. vor erfolgtem Urtheil S. 697 f., b. nach erfolgtem Urtheil S. 698 f.; gegnerisches Gehör S. 700; Folgen der Restitutionsertheilung S. 700; Kosten S. 700 f.

Die Appellation.

1. Begriff und Voraussetzungen . . . . §. 54 701

Zuständigkeit der A. in subjectiver Beziehung S. 703 f. Beschränkung in objectiver Beziehung 1. nach ihrer Natur S. 705—707, 2. nach positiver Bestimmung a. „si res dilationes non recipiat", b. in klaren fiscalischen Schuldsachen S. 708, c. wider Contumacialnachtheile S. 708 f., d. wegen Mangels der Appellationssumme S. 709 ff. (deren Berechnung S. 711 ff., nach dem Werth der Beschwerden S. 712 ff., bei mehreren Beschwerden S. 713, betreffs der Accessionen S. 714 f., bei präjudiciellen Sachen S. 714 f., bei Renten S. 716 f., bei nicht genau bestimmbarem S. 716 f., bei unschätzbarem Werth S. 717 f. und Nachweisung S. 718—720).

2. Der Suspensiveffect . . . . §. 55 720

Die Einlegung der A. (deren Form und Frist S. 721 ff.) S. 721—725 bewirkt 1. die Suspension a. der Rechtskraft S. 723, b. des weiteren Verfahrens S. 724 f., des letzteren jedoch nicht ausnahmslos S. 725, und veranlaßt den Unterrichter 2. zur Dimission der Sache an den Oberrichter (Apostel) und zur Actenedition, nach R. R. S. 725 f., nach can. und heut. Recht S. 727—729.

3. Der Devolutiveffect . . . . §. 56 729

Die Devolution wird bewirkt durch die Einführung der A. S. 729, bei dem zuständigen Obergericht S. 730, ist nicht die Grundlage 1. der Inhibitorialen S. 732 f., 2. der Compulsorialen S. 732 f., 3. der Ladung des Appellaten S. 734. Der Act der Einführung und ihre Frist nach röm. R. 734 f., nach can. R. S. 736, beim R. K. G. S. 736—740, bei den Territorialgerichten S. 740 f. A. Verfahren: die Appellationsklage mit Angabe der Beschwerden S. 742—744; die Erklärung des Appellaten S. 744 f. — s. g. Principal- und accessorische Adhäsion S. 746, communio appellationis und Zulässigkeit der reformatio in pejus S. 747—753 — die Rechtfertigung der A., insbes. auf Grund des s. g. beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi, S. 753—757; Gegendeduction des Appellaten S. 757; das oberrichterliche Erkenntniß nach Inhalt und Form S. 757 ff.; Ordinationen S. 760.

4. Die Beendigung des Devolutiveffects . . . §. 57 762

Die Beendigung des DE. und die Remission der Sache an den

Seite

Unterrichter nach R. R. S. 762 f., nach can. R. und der Reichsgesetzgebung S. 763 f., nach heutigem Recht S. 765—767. Verfügung über die Kosten der A. Instanz S. 767 f.

Die Extrajudicialappellation . . . . §. 58 768
Röm. und can. Recht S. 768—770, heutiges Recht S. 771—773.

Die Revision (Supplication) . . . . §. 59 773
Die Suppl. im Röm. R. S. 773 f. Die Rev. beim R. K. G. S. 776 f. und die Suppl. beim R. H. R. S. 777 f.; die Rev. oder Suppl. bei den Territorialgerichten S. 778—780. Die (sächsische) Leuterung S. 780 f.

Die Nichtigkeitsbeschwerde . . . . §. 60 782
Präsumtion gegen die Nichtigkeit der Urtheile S. 783. Die Nichtigkeit wird incidenter in Form der Einrede oder Appellationsbeschwerde S. 784, oder principaliter mittelst der NB. geltend gemacht, welche wesentlich schon in der vorjustin. revocatio in duplum S. 785 f., im justin. S. 786—789 und can. R. S. 789 vorhanden, von der italienischen Doctrin ausgebildet, und von den Reichsgesetzen nur in wenigen Puncten weiter entwickelt worden ist, S. 789. 1. Die NB. als Klage der gewöhnlichen Verjährung unterworfen, ohne Suspensiveffect, jedoch an den Richter der Hauptsache oder den Oberrichter gewiesen S. 789 ff. 2. Zweck S. 792 f. 3. Verhältniß zur Appellation, a. event. Verbindung mit derselben S. 794 f., b. Confirmation eines nichtigen Urtheils durch das App.-Urtheil S. 795 f., c. Heilung der heilbaren N. durch andere positivrechtliche Gründe S. 796 f. 4. Beschreibung der NB. durch die Reichsgesetze S. 799 ff.: a. Ausschluß der NB. nach versuchter Appellation S. 799 f., b. Unwirksamkeit der NB. wegen Mangels materieller Beschwerung S. 800 f., c. Anwendung des A. Verfahrens auf heilbare N. S. 801 ff., d. Bestimmung der unheilbaren N. S. 803 ff. 5. Fälle, in denen die unheilbare N. nicht beschwerend ist, S. 807 f. 6. Das durch die Beschwerde wegen unheilbarer N. veranlaßte Verfahren S. 808 ff.

Die s. g. einfache Beschwerde (querela simplex) . . §. 61 813
Begriff S. 813 und allg. Bestimmungen S. 814 f.; insbes. die e. B. 1. gegen das ablehnende Verhalten des Richters, im R. R. und bei den Reichsgerichten S. 815—817 f., Ausdehnung in den Territorien und nach heutigem R. S. 817 f., 2. gegen Mißbrauch der richterlichen Disciplinargewalt S. 819 ff., insbes. Verfahren S. 820 f.

Drittes Buch.

Von der Form des Verfahrens.

Von dem Wesen eines Rechtsstreits . . . . §. 62 822
Jeder einzelne Klaganspruch, geltend gemacht, veranlaßt einen formell für sich abgeschlossenen Rechtsstreit S. 822 f., jedoch mit zweierlei Modificationen S. 823 f.

1. Die Verbindung mehrerer von einander unabhängigen Klagen zu einem Verfahren . . . . §. 63 824
Allg. Voraussetzungen der Zulässigkeit der Verbindung und des Rechts auf dieselbe S. 824—826. Insbesondere:

Seite

1. Subjective Klagencumulation (Litis Consortium) S. 826 ff. Ihre Zulässigkeit abhängig von der Connexität S. 827—830. Pflicht der mehreren Verklagten zur Stellung eines gemeinsamen Procurators S. 831. Die exc. plurium litis consortium nur zulässig bei Belangung mehrerer Vormünder und mehrerer Bürgen S. 831 f., nicht auch wegen Untheilbarkeit des Rechts S. 832—836, und bei alternativ oder generisch bestimmten Leistungen, bei denen nur die exc. pluris petitionis vorkommen kann S. 836 f.

2. Objective Klagencumulation S. 837 ff. Recht des Klägers auf dieselbe wegen Connexität und bei Theilungsklagen 837—839. Ihre Ausdehnung S. 839. Nicht statthaft ist die alternative S. 839—842, unter Umständen aber die eventuelle Verbindung mehrerer Klagen S. 842—843. Kein Recht des Verklagten auf dieselbe S. 843.

3. Widerklage S. 843 ff. Die nach R. R. nöthige Connexität S. 844 f. wird nicht mehr für erforderlich gehalten S. 845 f. Reconventio reconventionis non datur, außer wegen Connexität S. 846. Eventuelle Widerklage S. 846 f.

Verfahren in allen drei Fällen S. 847—849, insbes. beim Litits Consortium S. 849 ff. (Proceß- und Insinuationsmandatar S. 850, Eid S. 851.) Schlußbemerkung wegen der Klagen auf das Honorar der Advocaten und auf die Herausgabe der Manualacten S. 852.

2. Die durch die Abhängigkeit einer Klage von einer anderen begründete Ordnung der Cognition . . . §. 64 853

Der Erfolg der einen Klage für den der anderen ist entweder 1. ausschließend (Principalintervention, im röm. S. 853—855, can. und heutigen Recht S. 856—858, Nichtexistenz einer s. g. gemischten Intervention S. 858 f.), oder 2. bestimmend S. 859 ff., sei es a. präparatorisch (insbes. Verhältniß zwischen Petitorium und Possessorium) S. 860—863, sei es b. präjudiciell S. 863 ff., (röm. R.: Bedeutung von praejudicium, von major und minor causa S. 864—868, Geltendmachung des Vorzugs der major causa von Amts wegen S. 868—870, durch s. g. exc. praejudicii S. 870—872, welche Nativität der bedingenden Klage S. 872 und zwar in des Klägers Person, nicht aber nothwendig wider den Verklagten voraussetzt — insbes. Verhältniß der H. P. zu den erbschaftl. Singularklagen —; S. 872—874, can. R. — insbes. quaestiones praejudiciales — und heutiges Recht S. 874 f.).

Von den Acten . . . . §. 65 876

Begriff und Bedeutung der A. S. 876 f.; deren Rubrum S. 877 f., Inhalt S. 878 f., formelle Einrichtung S. 879 f., Vollständigkeit (Inrotulation, Redintegration) S. 880 f.

Von dem Ort und der Zeit des gerichtlichen Verfahrens §. 66 882

1. Ort, nach R. R. S. 882 f., nach deutschem R. S. 883 f. 2. Zeit S. 884 ff.; dies fasti und nefasti im älteren R. R. S. 884 f.; die Ferien im älteren R. R. S. 885 f., unter den christlichen Kaisern S. 886 f., im heutigen R. S. 887 f., deren Bedeutung für Termine S. 888 f., für Fristen S. 889 f., für Insinuationen S. 890 f.

Von der Form der processualischen Handlungen . . . §. 67 890

Form im Allg. S. 891—892, insbes. 1. der Parteihandlun-

Seite

gen S. 893 ff.: mündliches Verfahren, zuerst mit Gestattung S. 893 f., dann theilweise mit dem Gebot schriftlicher Recesse S. 894—896, rein schriftliches Verfahren S. 896 f.; 2. der richterlichen Verfügungen S. 899 ff., deren Mittheilung entweder mündlich geschieht durch Publication S. 899 f., oder schriftlich S. 901—903, und zwar allgemein im schriftlichen Verfahren durch Insinuation S. 903 ff., sei es ex officio S. 903 f., sei es durch Vermittlung des Extrahenten S. 903—906. Im Einzelnen a: an wen ist die Ins. zu adressiren? S. 906—907, b. wie in einem fremden Gerichtsbezirk zu bewirken? S. 907 f., c. wenn statt der ins. ad manus die ins. ad domum S. 908 f., und d. s. g. öffentliche Ins. zulässig? S. 909—913, e. in welchen Fällen geschieht diese an unbekannte Interessenten? S. 913 f., f. in welcher Form? S. 915—917 und mit welcher Wirkung? S. 917 f.

Von Terminen und Fristen . . . . §. 68 918

Bedeutung dieses Gegensatzes S. 918 f. 1. Termine (im mündlichen Verfahren) S. 919 f., anberaumt durch Ladungen, durch Dilationen und Terminsprorogationen S. 920—932; absolute und relative Bestimmung des Termins S. 932 f. 2. Fristen (im schriftlichen Verfahren) S. 933, richterl. Fristen S. 933—935, gesetzliche Fristen (Fatalien) S. 935 f.

Von der Ordnung der Proceßhandlungen . . . . . §. 69 937

Die Ordnung der Proceßhandlungen wird bestimmt 1. durch das Princip der Reihenfolge S. 937 f., 2. durch das Eventualprincip S. 938—940.

Das Princip der Reihenfolge . . . . §. 70 941

Nach dem Princip der Reihenfolge S. 941 scheiden sich I. die zur Litis Contestation erforderlichen Handlungen S. 942—944, II. von den durch die L. C. bedingten Handlungen S. 944 ff. und unter diesen wieder 1. die Behauptungen und deren Beantwortung S. 945—948, 2. von den für den Beweis nöthigen Handlungen S. 948 ff., nämlich a. dem Beweisantritt S. 949 ff. (Präcisirung des Beweisthemas S. 949 f., Benennung der Beweismittel S. 950 f., insbes. bei einer Mehrheit von Thatsachen und Beweismitteln S. 951 f.), von der Erklärung des Probaten auf denselben und dem Verfahren über die Beweiseinreden S. 952 f., b. der Production der Beweismittel und den s. g. Disputirsätzen S. 953—955; c. der Beweisergänzung durch nothwendigen Eid S. 955.

Abweichungen von dieser Reihenfolge S. 955 ff.: Unzulässigkeit einer Aenderung der Klagbitte S. 956 f. und der Klagthatsachen S. 957 f., sowie (regelmäßig) einer Ergänzung oder Vervollständigung der Klagthatsachen S. 958 f.; Anticipation von Handlungen, insbes. der Beweisführung S. 959 f.; die proceßhindernden Einreden S. 960—964.

Das Eventualprincip . . . . §. 71 964

Gegen die Proceßverschleppung dient dem R. R. früher die Proceßverjährung, später das Verfahren der nov. 115 c. 2 S. 964—966, wogegen das can. R., die Reichsgesetzgebung und die Praxis, vom altdeutschen R. unterstützt, das EP. ausbilden S. 966—969. Das EP. I. im ersten Verfahren S. 969 ff., und zwar 1. für gleichartige, dann 2. für demselben nächsten Zwecke dienende Handlungen S. 969 f., 3. für dilatorische Einreden und L. C. S. 970, 4. allgemein nach dem J. R. A. S. 970—972, von den foribeclinatorischen Einreden abgesehen S. 972, 5. Ausscheidung

Seite

der Beweishandlungen S. 972 f. und Abschluß des ersten Verfahrens durch das Beweisinterlocut S. 973 f. II. im Beweisverfahren S. 976 ff. (insbes. bei eventueller Eideszuschiebung S. 977) und zwar nach den drei Abschnitten des Beweisantritts, des Productionsverfahrens und der Ausschwörung der Haupteide S. 978 f.

Von dem Contumacialverfahren . . . . §. 72 979

Das Contumacialverfahren einerseits bei verweigerter oder unvollständiger S. 979, andrerseits bei versäumter Befolgung arctatorischer Verfügungen S. 980 ff. 1. Wann werden dilatorische, wann peremtorische Befehle ertheilt? S. 981 f. 2. Wie wird gegen die säumige Partei der Contumacialnachtheil realisirt? S. 982 f.

Von dem Executionsverfahren . . . . §. 73 985

Erfordernisse S. 985, Paritionsfrist S. 985 f., Einreden, Vollstreckung S. 986.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Einleitung.

Aufgabe der Theorie des Civilprocesses.

§. 1.

Wie das Recht im objectiven Sinn die Fähigkeit und das Streben hat, eine sich entsprechende Lebensordnung zu gründen, so auch wohnt der Anspruch, sich zu verwirklichen, d. h. ausgeübt zu werden, den Privatrechten inne. Denn gerade der Ausübung wegen sind die Privatrechte da; in ihr besteht das Interesse, welches sie dem Berechtigten gewähren, und sie ist, wenn gleich nicht die Bedingung ihrer Existenz, so doch ihre natürliche Lebenserweisung. Wer daher von seinem Recht Gebrauch macht, thut Niemanden Unrecht,[1] selbst wenn er den Versuch, ihn daran zu hindern, mit Gewalt zurückweist; sich in der Ausübung eines Rechts gegen fremden Angriff behaupten, ist eben nur eine potenzirte Art der Ausübung. Dies ist es, was die Regel ausdrückt „Vim vi repellere licet.“[1a] Umgekehrt geschieht dem Berechtigten dadurch Unrecht, daß ihm die Ausübung seines Rechts entzogen oder vorenthalten wird; es liegt darin eine Rechtsverletzung, die, wenn sie sich nicht in gütlicher Weise auf dem Wege des Verzichts, des Vergleichs, des außergerichtlichen Eides oder des Compromisses ausgleichen läßt, durch geeignete Zwangsmittel muß aufgehoben werden können.

---

1) L. 55 D. de R. J. (50, 17): „Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.“ Vgl. auch L. 151 D. eod.

1a) L. 1 §. 27 D. de vi (43, 16) („Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur“), l. 3 D. de justitia et jure (1, 1), l. 12 §. 1. D. quod met. c. (4, 2), l. 4. 5 pr., l. 45 §. 4 D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 3 §. 9, l. 17 D. de vi (43, 16), l. 1 C. quando liceat unicuique sine judice se vindicare (3, 27), l. 1 C. unde vi (8, 4), l. 4. C. ad leg. Corn. de sicariis (9, 16), c. 6 in VI. de sent. exc. (5, 11), P. G. O. Art. 139, 150 §. 1. A. M. über die Grenzen der Selbstvertheidigung und Selbsthülfe ist Linde in der Zeitschr. für C. R. und Pr. I. 21. Vgl. dagegen Benfey im Rhein. Mus. VII. 1, Schmitt: Die Selbsthülfe im römischen Privatrecht (Erl. 1868) S. 3 Note 5.

Die gewaltsame Geltendmachung verletzter Rechte aber kann dem Berechtigten selbst nicht gestattet sein, weil dadurch die persönliche Freiheit und der öffentliche Frieden gefährdet werden würde.[2] Vielmehr ist die Anwendung des Zwanges, welcher nothwendig ist, um dem in seinem Rechte Gekränkten Recht zu verschaffen, der Staatsgewalt als der Wächterin der Rechtsordnung vorbehalten.[3] Und wenn daher die Verletzung eines Privatrechts einen Anspruch auf dessen Wiederherstellung hervorruft, so ist derselbe sogleich als ein gerichtlich, d. h. durch den Staat zu verwirklichender zu denken.[4]

Während nun die Frage, unter welchen Voraussetzungen solche Ansprüche entstehen, vom Civilrecht beantwortet wird,[5] ist die Art ihrer Verwirklichung durch die Theorie des Civilprocesses darzulegen, die sich somit als die Lehre von der gerichtlichen Geltendmachung verletzter Privatrechte bestimmen läßt. Die Summe der diesen Gegenstand betreffenden Rechtsregeln aber nennt man Civilproceß oder Civilproceßrecht, weil die bezweckte Aufhebung eines behaupteten Unrechts in jeder einzelnen Rechtssache eine Folge zusammenhängender Handlungen hervorruft, welche den Namen „Proceß" in der That verdienen.[6]

---

2) Ueber die Privatstrafen, welche nach R. R. die Selbsthülfe treffen, vgl. l. 7 D. ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7), l. 12 §. 2, l. 13 D. quod met. c. (4, 2) [decretum D. Marci], l. 7 C. unde vi (8, 4), nov. 52 c. 1, nov. 134 c. 7 und dazu Linde a. a. O., Benfey a. a. O., Sartorius in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XX. 1, Schmitt a. a. O. S. 93 fg. Eine Ausnahme enthält auch nicht l. 10 §. 16 D. quae in fraudem cred. (42, 8), denn das „auferre" steht nicht dem „invito extorquere" der l. 24 D. eod., sondern dem „recipere" der l. 6 §. 7 D. eod. gleich. — In Deutschland wurde das Fehderecht durch den Landfrieden von 1495 definitiv abgeschafft. Vgl. Eichhorn: Deutsche St. und R. G. III. §. 408.

3) L. 2 §. 13 D. de O. J. (1, 2) [„— quantum est enim jus in civitate esse, nisi sint, qui jura reddere possint?"].

4) Pr. I. de act. (4, 6) [„Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi judicio, quod sibi debetur"], l. 51 D. de O. et A. (44, 7).

5) Deshalb gehört die Bestimmung der Grenze zwischen Justiz- und Verwaltungssachen nicht in den Civilproceß. Wo eine Klage Statt findet, muß sie auch ungehindert geltend gemacht werden können, und entstehen daraus Collisionen zwischen Justiz und Verwaltung, so ist entweder die Competenz der Verwaltung oder der Schutz der persönlichen Freiheit zu weit ausgedehnt. Vgl. übrigens Stahl: Die Philosophie des Rechts, 3. Aufl. II. 2 S. 607 fg.

6) Das C. R. gebraucht die Ausdrücke „procedere", „processus" für das Vorgehen mit gerichtlichen Handlungen, namentlich von Seiten des Richters — cf. c. 22 X. de rescriptis (1, 3), c. 18 X. de off. jud. ord. (1, 31), rubr. X. ut lite non cont. non procedatur ad testium recept. (2, 6), c. 2 in Clem. de V. S. (5, 11) —, bei den älteren Canonisten aber kommt das an sich schon auf eine Abstraction hindeutende Wort „processus" zur Bezeichnung des Verfahrens im Allgemeinen vor (so viel als das römische „judicium"), wie z. B. in den

In Deutschland beruht der Civilproceß zum Theil auf particularen Normen, zum größeren Theil aber auf gemeinem Recht, und soweit dies der Fall ist, redet man von einem gemeinen deutschen Civilproceß.

Quellen.

§. 2.

Die Hauptquellen des gemeinen deutschen Rechts bilden auch die Grundlagen des gemeinen deutschen Civilprocesses, auf der einen Seite also das in der Compilation Justinian's abgeschlossene römische Recht, auf der andern germanische Rechtsgewohnheiten. Gerade in diesem Theil unseres Rechtssystems aber sind beide in eine so innige Beziehung zu einander getreten, daß sich die Grenzen ihrer Geltung durch practisch brauchbare Regeln kaum bestimmen lassen. Zwar kann man im Allgemeinen behaupten, daß die auf privatrechtlichen Principien beruhende Lehre von den Parteien und Parteihandlungen durch römische, die staatsrechtlichen Grundsätze von der Gerichtsbarkeit und der Organisation der Gerichte durch deutsche Rechtsansichten bestimmt seien. Es sind aber diese Gesichtspuncte weder streng durchgeführt, noch erschöpfend, vielmehr ist aus den Proceßsystemen beider Rechte, welche ursprünglich und selbst noch nach der Gründung germanischer Staaten auf römischem Boden getrennt neben einander bestanden,[1] allmählich ein vollkommen neues Ganze hervorgegangen.

Einen nicht geringen Einfluß auf diese Verschmelzung hat die Gesetzgebung geübt, im Mittelalter die päpstliche, in der neueren Zeit die Reichsgesetzgebung, obgleich beide zunächst für engere Kreise bestimmt waren, jene für die geistlichen Gerichte, diese für das Reichs-Kammergericht.

Für das Verfahren der geistlichen Gerichte war von jeher das R. R. maaßgebend, welches das ganze Mittelalter hindurch als das Recht der Kirche und der Geistlichkeit galt.[2] Soweit sich daher

---

Eingangsworten des fälschlich dem Jo. Andreae zugeschriebenen ordo judiciarius „Antequam dicatur de processu judicii."

1) Vgl. hierüber Savigny: Gesch. des R. R. im Mittelalter, Bd. I. Cap. 3 und S. 258—260.

2) Siehe Savigny a. a. O. Bd. I. §. 40, Bd. II. §. 95. Die Behauptung C. A. Schmidt's: Die Reception des R. R. in Deutschland (Rost. 1868) S. 109, daß die besonderen Beziehungen der Kirche zum R. R. sich mit der Zeit von selbst gelöst hätten, ist wenigstens für den Proceß nicht zutreffend.

die päpstlichen Decretalen[3] auf den Proceß bezogen, setzten sie die Geltung des R. R. voraus und waren nicht auf die Schöpfung eines neuen, sondern nur auf die Fortbildung und Modification des römischen Proceßrechts gerichtet. Dabei wurden sie zunächst von practischen und kirchlichen Bedürfnissen geleitet. Selbstverständlich aber konnte sich die Geistlichkeit in den verschiedenen Ländern, denen sie angehörte und aus deren Bevölkerung sie hervorging, ihrer nationalen Anschauungen nicht völlig entschlagen, und da während des Mittelalters beinah in ganz Europa germanische Rechtsideen dominirten, so war es natürlich, daß dieselben ihren Einfluß auch auf die päpstliche Gesetzgebung erstreckten. Am entschiedensten tritt dies in der canonischen Gestaltung des Strafverfahrens hervor,[4] nicht minder deutlich aber auch in manchen auf den C. Pr. bezüglichen Bestimmungen. So entstand ein Proceß, welcher von dem römischen nicht unwesentlich abwich, und der eben deshalb in den an das R. R. gewiesenen weltlichen Gerichten nicht sogleich Eingang finden konnte. Allmählich aber wurde Vieles aus dem canonischen Proceß in den römischen aufgenommen, und wenngleich sich in Italien auf nicht wenigen Puncten der alte Gegensatz behauptete, so drang doch in Deutschland bald nach Aufnahme der fremden Rechte der Grundsatz durch, daß das canonische Recht als das neuere regelmäßig vor dem römischen den Vorzug verdiene.

Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit der Reichsgesetzgebung. Hatte das C. R., obschon im Ganzen auf römischem Boden stehend, in den von ihm ausgebildeten Proceß germanische Rechtselemente aufgenommen, so entlehnten hinwiederum die deutschen Reichsgesetze den Inhalt der Proceßordnungen, welche durch die Errichtung des Reichs-Kammergerichts nothwendig geworden waren,[5]

3) Zusammengefaßt in dem weltlich allein anerkannten Corpus juris canonici clausum. Dieses wird wiederholt in der K. G. O. von 1508 citirt, von welcher es in tit. 1 §. 8 im Gegensatz zum R. R., dem „alten Gesetz“, als das „neue Recht“ bezeichnet wird. Dagegen hat man bei den in den Reichsgesetzen häufig vorkommenden Ausdrücken „gemeine Rechte“, „gemeine beschriebene Rechte“ in älterer Zeit an das C. R. wohl nicht gedacht, wie die Nachweisungen von Datt: De pace publica IV. 1 nr. 135—138 ergeben. Der R. H. Rath ist durch die R. H. R. Ordnung von 1654 tit. 7 §. 24 auf die Beachtung des Corp. jur. can. ausdrücklich angewiesen.

4) Vgl. z. B. Hildenbrand: Die purgatio canonica und vulgaris, München 1841.

5) Das kaiserliche Kammergericht (s. §. 33 Note 117 fg.) hatte von Kaiser Friedrich III. schon im J. 1471 eine Proceßordnung erhalten; die erste für das hier in Betracht kommende kaiserliche und Reichs-Kammergericht

dem römischen und canonischen Recht, oder richtiger der aus diesen Rechten von den italienischen Juristen entwickelten Proceß-

---

bestimmte K. G. Ordnung aber wurde gleichzeitig mit dessen Gründung im J. 1495 erlassen. Von ihr gehen alle anderen den K. G. Proceß betreffenden Normen aus, namentlich die späteren K. G. Ordnungen von 1496, 1500, 1507 (eine in Constanz, eine in Regensburg aufgerichtet), 1508 (durch kaiserliche Commissarien und der Stände Räthe publicirt), 1517 (kraft des R. A. von 1510 §. 15 von kaiserlichen Commissarien und kurfürstlichen Räthen erlassen), 1521 (die zweite vollständige), 1523 (vom damaligen Reichsregiment ausgegangen), 1527 (auf Grund der K. G. O. von 1521 tit. 21 §. 2 durch das Reichsregiment und das R. K. Gericht abgefaßt und publicirt), 1531 (Kammergerichts-Reformation genannt, der Abschied der durch den R. A. von 1530 §. 84 bestellten Visitations-Commission, bestätigt durch den R. A. von 1532 membr. III. §. 1) und von 1555 (die dritte vollständige und zugleich letzte K. G. Ordnung, auf dem Reichstage von 1548 aus den älteren Ordnungen zusammengezogen, dann aber auf dem Reichstage von 1555 mit einigen Modificationen erneuert und publicirt); — ferner das Concept einer K. G. O. von 1613, wegen des damals eintretenden Türkenkriegs weder confirmirt, noch publicirt, — vgl. den R. A. von 1613 §. 4 —, und deshalb „formaliter nicht pro lege gehalten", aber dennoch wegen seiner Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht vom R. K. Gericht benutzt, wie sich z. B. aus dem G. B. vom 3. Sept. 1653 ergibt, und wie Ludolff in dem Corp. juris cameralis in not. b ad prooem. und in not. * ad II. 33 §. 8 dieses Concepts bezeugt, so wie ein neueres Concept, welches im Auftrage der im J. 1767 zur Visitation des R. K. Gerichts zusammengetretenen Reichsdeputation, von sechs R. K. G. Assessoren verfaßt und schon 1769 gedruckt vorgelegt, jedoch wegen des im J. 1776 erfolgenden Abbruchs der Visitation nicht weiter verfolgt wurde (edirt von Selchow: Concepte der R. K. G. Ordnung auf Befehl der jüngsten Visitation entworfen, 3 Thle. Gött. 1782); — endlich in den einschlagenden Bestimmungen die Reichsabschiede, besonders die von 1566 (§. 72—123), 1570 (§. 42—104), 1576 (§. 52—64), 1594 (§. 50—100), 1598 (§. 58—71) und der jüngste von 1654 (kurz als J. R. A. citirt, mit Ausnahme der ersten sechs §§. ganz auf den Proceß bezüglich), die Deputationsabschiede von 1557 und 1600, die Reichsschlüsse, welche seit der Permanenz des Reichstages an die Stelle der Reichsabschiede traten, und die Wahlcapitulationen (die letzte vom J. 1792). — An diese Gesetze schließen sich an 1) die Beschlüsse der von Kaiser und Reich mit der Visitation des R. K. Gerichts beauftragten Commissarien, Visitations-Abschiede genannt, wenn sie das R. K. Gericht im Ganzen angingen, Visitations-Memorialien, wenn sie an einzelne Kameral-Beamte gerichtet waren, in beiden Formen auf Grund des den Visitatoren ertheilten Auftrags (cf. Tafinger: Inst. jur. cam. §. 349) mit Gesetzeskraft bekleidet; 2) die Präjudicien und der Stylus des R. K. Gerichts — vgl. K. G. O. von 1555 I. 13. §. 1, R. A. von 1570 §. 75, 76, 78, R. A. von 1594 §. 67, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 19 pr., 22 §. 4, II. 25 §. 11, J. R. A. §. 136 —; 3) die gemeinen Bescheide, decreta communia, d. i. allgemeine Verfügungen, vom R. K. Gericht den Betheiligten entweder zufolge höheren Auftrags — cf. Tafinger l. c. §. 341 —, oder kraft seines autonomischen Rechts publicirt, welches von jeher in Fragen des richterlichen Ermessens anerkannt war, durch die K. G. O. von 1555 II. 36 aber (vgl. auch Conc. der K. G. O. von 1613 II. 38 pr.) und den J. R. A. §. 94 in der Art erweitert wurde, daß des Proceß halben das R. K. Gericht die bestehende Ordnung declariren und ordnen, auch die getroffenen Maaßregeln publiciren und „bis auf künftiger Visitatoren und darauf einer allgemeinen Reichsversammlung erfolgende Ratification oder Aenderung darob halten" sollte. Vgl. auch Vis. A. von 1713 §. 14. Verschieden davon sind die conclusa pleni, d. h. „mit Approbation des ganzen Raths angenommene opiniones" über streitige Rechtsfragen, welche in ein besonderes Protokollbuch geschrieben, und copei-

theorie.[6] Dabei bestand freilich der Unterschied, daß dort vereinzelte Bruchstücke, hier ein ganzes System adoptirt wurde. Indeß bezogen sich die K. G. Ordnungen doch immer nur auf den Gang und die Form des Verfahrens, mithin nur auf einen Theil des Proceßrechts, und waren, was die Hauptsache ist, an sich bloß für das R. K. Gericht bestimmt. Die Bedeutung, welche sie allmählich auch für die Territorialgerichte gewannen, blieb lange Zeit eine durch die Landesgesetzgebung vermittelte, und ist, wenn gleich schließlich eine unmittelbare geworden, doch niemals über die Grenzen einer subsidiären Geltung hinausgegangen. Schon frühzeitig nämlich wurde von den Reichsständen die Organisation und Proceßordnung des R. K. Gerichts bei ihren Hofgerichten nachgeahmt,[7] so daß es bald kaum noch ein Obergericht in Deutschland gab, welches seine alte Verfassung beibehalten hätte. Dann aber schrieb der Dep. A. von 1600 §. 15 den Reichsständen ausdrücklich vor, die Unter-, Ober- und Hofgerichte mit verständigen Urtheilern zu besetzen und in eine gute, richtige, dem Rechten, Reichs- und Kammergerichtsproceß gemäße Ordnung zu bringen.[8] Und hiermit nicht genug, fügte der J. R. A. §. 137 hinzu, es sollten „Churfürsten und Stände des Reichs bei ihren Untergerichten (d. h. den ihnen untergeordneten Gerichten) die Verordnung thun, damit so viel als möglich bei denenselben die Norma des kammergerichtlichen Processes observiret werde," soferne nicht „ein anderer Modus eingeführt und bis dahero beständig hergebracht worden." Stand damit wohl nun schon die kurz vorher im Instr. pac. Osnabr. V. 54 und dann von Neuem in der R. H. R. Ordnung

lich dem Reichstag zum Zweck der Ratification zugeschickt wurden — vgl. R. A. von 1570 §. 77, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 16, 5 —, und die dubia cameralia, d. h. Controversen, über welche man sich im R. K. G. selbst nicht einigen konnte, und die deshalb der Entscheidung des Reichstags vorzulegen waren — vgl. Dep. A. von 1557 §. 2, Dubia cam. und deren Resolution von 1595, Conc. von 1613 II. 38 §. 1, J. R. A. §. 135, 136. — Sammlungen: (Georg Melchior von Ludolff) Corpus juris cameralis, Frankfurt a. M. 1724 (in vorliegendem Werk benutzt), Bergmann: Corpus juris judiciarii civilis, Hann. 1819, Emminghaus: Corp. juris germanici tam civilis quam privati academicum, 2 Th., Jena 1824, 2. Aufl. 1844.

6) S. §. 3 Note 20.

7) Vgl. darüber Pütter: Progr. de necessaria in academiis rei judiciariae imperii, sigillatim jurium ac praxeos amborum supremorum imperii tribunalium cultura, Goett. 1748, Lips. 1749 (auch in den Opusc. rem judic. imperii illustr. p. 1—37) §. 11, Rudloff: Von der Aehnlichkeit der teutschen Hofgerichte mit dem Kayserlichen und Reichs-Cammergericht, Bützow 1769, §. 5—14.

8) S. auch das Conc. der K. G. O. von 1613 II. 31. §. 9.

von 1654 tit. 2 §. 8 und tit. 7 §. 24 ausgesprochene Verweisung des Reichshofraths auf die Ordnung, wie sie im Kaiserlichen Cammergericht eingeführt und verbessert werden möchte,[8a] in einigem Zusammenhang, so war es sicher eine Folge jener Vorschrift, daß seitdem der Proceß in vielen Territorien revidirt und den processualischen Neuerungen des J. R. A. entsprechend umgestaltet wurde.[9] Immerhin aber war reichsgesetzlich den auf den Kammergerichts-Proceß bezüglichen Normen eine unmittelbare Geltung in den Territorien nicht beigelegt;[10] eine solche hat sich als das Resultat der bezeichneten Vorgänge erst in der Praxis, und zwar in der Weise festgestellt, daß die Reichsgesetze in den Territorialgerichten subsidiäre Anwendung finden.[11]

8a) Eben deshalb haben die R. H. R. Ordnungen von 1559, 1617 (die jedoch nach Herchenhahn: Gesch. der Entstehung, Bildung und gegenwärtigen Verfassung des Kaiserl. Reichshofraths I. S. 569 fg., II. S. 214 fg. keine practische Geltung erhielt) und 1654 auf den gemeinen Proceß keinen besonderen Einfluß geübt.

9) Dies wird an mehreren Beispielen von Pütter l. c. §. 13, 14 nachgewiesen.

10) Darauf macht Briegleb: Einleitung in die Theorie der summ. Pr. S. 485 gegenüber der ersten Auflage aufmerksam, welche der weitverbreiteten Annahme beigetreten war, daß der J. R. A. §. 137 von sich aus den Normen des kammergerichtlichen Processes subsidiäre Geltung in den Territorien verliehen habe.

11) So sagt Ludolff: Corp. jur. cam. in der Vorrede: „Es sollte aber auch zu begläubigen nicht schwer sein, daß allen andern, auch den besten Ordnungen diejenige, so bei dem Kayf. Cammergerichte gesetzmäßig ist, vorzuziehen sey; daher auch — alle wohlbestellte judicia diese allgemeine Reichsordnung, wo nicht der besondern Landesverfassung halber ein anders hergebracht, gleichsam zum Wegweiser einer guten Proceßordnung gebrauchen". Und mit Hinweisung auf die im Text hervorgehobenen Vorgänge bemerkt Pütter l. c. §. 15: „His ita constitutis fieri certe non potest, quin processus ille imperii, generalibus legibus praescriptus, singulis quoque provinciarum Germaniae judiciis observandi ordinis judiciarii sola fere basis sit ac fundamentum" —, was er in der Nova epitome proc. imp. §. 5 geradezu als eine subsidiäre Geltung des K. G. Processes deutet („in subsidium quoque a judiciis territorialibus observandum"). Vgl. auch Hoffmann: Teutsche Reichspraxis I. Vorr. Damit steht in Uebereinstimmung, daß z. B. das O. A. Gericht zu Cassel, wie Strippelmann: Neue Sammlung IV. 2 S. 94 Note 3 berichtet, bald nach seiner Gründung durch Collegialbeschluß vom 7. April 1746 festsetzte, „daß man in allen Stücken dem Cameral-Stylo folgen wolle", und daß die Bearbeiter der Particularprocesse unbedenklich die subsidiäre Geltung der Reichsgesetze bezeugen, wie z. B. Kreittmayr: Anmerk. über den Cod. jur. bavar. jud. in der Vorrede a. E., Biener: Syst. proc. jud. et communis et saxonici, I. §. 12, Francke: Der gem. deutsche und Schleswig-Holsteinische C. Pr. §. 11, Trotsche: Der Mecklenburgische Civil-Pr. I. §. 9 Note 3. Diese Schriftsteller machen sich zwar großentheils des gangbaren Irrthums schuldig, daß sie auf den J. R. A. Bezug nehmen; als Zeugen für den von ihnen dargestellten Rechtszustand aber müssen sie nichtsdestoweniger gelten. Uebrigens wollten einige Stände die Reichsgesetze als subsidiäre Rechtsquelle schon in den

Anders steht es nun freilich mit der Bundesgesetzgebung, welche einzelne auf den Proceß bezügliche Normen schon in ihren Grundgesetzen aufgestellt hat,[12] und für die Zukunft eine sehr weit reichende Bedeutung dadurch zu gewinnen verspricht, daß im neuen Bunde ihre Competenz sich über den ganzen Proceß erstreckt; ihr allerdings ist der Gedanke an eine bloß subsidiäre oder sonst wie beschränkte Geltung fremd. Indeß ist von dem freien Gesetzgebungsrecht bis jetzt kein ausgedehnter Gebrauch gemacht worden, und jene grundgesetzlichen Normen würden, da sie das Gebiet des Processes nur an den äußersten Grenzen berühren, auf den inneren Ausbau des gemeinen Proceßrechts selbst dann ohne Einfluß geblieben sein, wenn die Verschmelzung des römischen und deutschen Rechts, um welche sich die Entwickelung bewegte, nicht schon lange vorher zum Abschluß gekommen wäre.

Dies Resultat aber herbeigeführt zu haben, ist viel weniger das Verdienst irgend einer Gesetzgebung, als das der Rechtswissenschaft, welche die Versöhnung der nationalen Gegensätze Jahrhunderte lang verfolgt hat. Nicht als ob sie dabei in klarer Erkenntniß des Zieles und mit wissenschaftlichen Mitteln zu Werke gegangen wäre; im Gegentheil, die hier in Frage stehende Thätigkeit der Juristen, der Rechtslehrer wie der Practiker, hat dem Druck der äußeren Verhältnisse nachgebend sich gleichsam instinctiv nur von den nationalen Rechtsvorstellungen leiten lassen, und ist von der eigentlich wissenschaftlichen Thätigkeit, wie sie sich in der

---

dem J. R. A. vorausgehenden Berathungen anerkannt wissen, drangen jedoch damit nicht durch. Cf. Meiern: Acta comit. Ratisbon. II. 9 §. 22.

12) Hierher gehört 1. die Bundesacte vom 8. Juni 1815 Art. 11 (Austrägalinstanzen), Art. 12 (Errichtung von obersten Gerichten), Art. 14 (privilegirter Gerichtsstand und Gerichtsbarkeit der im J. 1806 und seitdem mittelbar gewordenen ehemaligen Reichsstände und Reichsangehörigen, so wie des ehemaligen Reichsadels) nebst der Wiener Schlußacte vom 15. Mai 1820 Art. 21—24, 30 (Austrägalinstanzen), Art. 29 (Competenz der Bundesversammlung im Falle der Justizverweigerung); 2. die Verfassung des norddeutschen Bundes vom 26. Juni 1867 Art. 76 (Competenz in privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen verschiedenen Bundesstaaten), Art. 77 (beinahe wörtlich der W. Schl. A. Art. 29 entnommen) und die Verfassung des deutschen Reichs vom 16. April 1871 Art. 76, 77 (von dem gleichen Inhalt). — Fraglich ist, ob in Folge der Auflösung des alten deutschen Bundes die Bestimmungen der B. A. und W. Schl. A. ihre Geltung verloren haben. Dies ist ohne Zweifel anzunehmen, so weit dieselben die Existenz eines Bundesorgans voraussetzen oder den Bundesstaaten Verpflichtungen auferlegen hinsichtlich des Modus der Ausübung des Landesregiments (natürlich unbeschadet der Geltung der auf Grund dieser Verpflichtung erlassenen Landesgesetze); wogegen die Dritten, insbesondere also den ehemals Reichsunmittelbaren eingeräumten Rechte und Ansprüche als fortbestehend zu betrachten sind.

Erforschung der Quellen, in der Formulirung und dogmatischen Verbindung der Begriffe u. s. w. bekundet, so sehr verschieden, daß sie mit dem Aufblühen derselben regelmäßig zurücktrat. Dessen ungeachtet aber und vielleicht gerade deshalb hat sie die Aufgabe gelöst, und für die Geschichte des Processes eine Bedeutung gewonnen, welche gegen die keiner anderen Rechtsquelle zurücksteht. Und so wird sie denn auch in der Uebersicht der **Proceßlitteratur**, welche der folgende §. 3. gibt, ganz vorzugsweise zu berücksichtigen sein.

Litteratur.*

§. 3.

Während der heutige gemeine Civilproceß aus der allmählichen Umgestaltung des deutschen Gerichtsverfahrens durch römische Elemente entstanden ist, hat die in Oberitalien begonnene und in Deutschland fortgesetzte wissenschaftliche Ausbildung desselben gerade den entgegengesetzten Weg genommen, indem sie, von der Geltung des justinianeischen Rechtsbuchs als Ganzen ausgehend, den römischen Proceß nach und nach mit germanischen Elementen versetzt und ihn dadurch den neuen Verhältnissen, in denen er zur Anwendung kam, anzupassen gewußt hat. An diese Thatsache wird sich demnach eine geschichtliche Uebersicht der Proceßlitteratur zu halten, und bis ins 15. Jahrhundert, in welchem sich die Geltung des R. R. in Deutschland entscheidet, die Geschichte der **italienischen**, von da ab aber die der **deutschen** Proceßlitteratur darzustellen haben.

I. Unter den wissenschaftlichen Leistungen der **Italiener** nimmt das, was dieselben für die Theorie des Processes gethan

* **Savigny**: Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 7 Bde., Heidelb. 2te Aufl. 1834—1851. Außerdem: **Lipenii** biblioth. jurid. s. v. processus. **Danz**: Grundsätze §. 20—22. **Rudorff**: Grundriß §. 2. O. A. **Walther**: Die Litteratur des gemeinen ordentlichen Civilprocesses und seine Bearbeiter bis auf die Zeiten des jüngsten Reichsabschieds, Nordhausen 1865. J. de **Wal**: Opmerkingen betreffende de literatuur van het Procesregt in burgerlijke zaken vóór het midden der zeventiende eeuw, in Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving, Deel XV. Stuk 4 Bl. 576, deutsch unter dem Titel: J. de **Wal**: Beiträge zur Literatur-Geschichte des Civilprocesses, mit Zusätzen des Verfassers und einem Vorwort herausgegeben von R. Stintzing, Erl. 1866. **Muther** in der Zeitschr. für R. G. VI. S. 206—233. **Stintzing**: Geschichte der populären Litteratur des römisch-canonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfang des sechszehnten Jahrhunderts, Leipzig 1807. **Muther** in der Zeitschr. für R. G. VIII. S. 99—133 (dessen Güte dieser §. außer zahlreichen Berichtigungen auch einige noch nicht publicirte mit [M.] bezeichnete Mittheilungen verdankt).

haben, eine vorzügliche Stelle schon deshalb ein, weil sich darin ihre Neigung und ihr Geschick zu dogmatischen Arbeiten in besonderem Maaße bekundet. Denn obwohl sie auch auf anderen Gebieten des Rechts die aus den Quellen gewonnenen Resultate übersichtlich zusammenstellen, so thun sie dies doch auf keinem mit so nachhaltigem Eifer und so erfolgreichem Streben nach äußerer und innerer Vollendung, wie auf dem des Processes. Und wirklich mußte sich ihnen hier diese Methode aus verschiedenen Gründen empfehlen.

Erstens hatte der römische ordo judiciorum noch in der späteren Kaiserzeit sehr große Umwandlungen erfahren, von seiner früheren Consequenz Vieles verloren, und in Justinian's Rechtsbuch nicht einmal eine äußerlich zusammenhängende Darstellung gefunden. Es lag daher zunächst schon im wissenschaftlichen, beinahe noch mehr aber im practischen Interesse, welches ein Bild des römischen Processes für die unmittelbare Anwendung forderte, daß man das zerstreute Quellenmaterial zusammenzustellen, scheinbare Widersprüche auszugleichen und das reiche Detail auf gemeinsame Gesichtspuncte zurückzuführen suchte.

Daneben machte sich zweitens ein Umstand geltend, welcher zugleich für die materielle Fortbildung der Theorie von großer Bedeutung wurde. Die Arbeiten der Glossatoren nämlich waren nicht bloß in denjenigen Gemeinden Italiens zur Benutzung geeignet, in welchen sich römisches Recht und römische Gerichtsverfassung erhalten hatten,[1] — ein viel weiteres Gebiet eröffneten ihnen die geistlichen Gerichte, welche ohne Unterschied der Nationalität für Geistlichkeit und Kirche nur römisches Recht in Anwendung brachten.[2] Nun hatte die päpstliche Gesetzgebung den römischen Proceß, von welchem sie ausging, durch zahlreiche Bestimmungen fortgebildet, modificirt und vervollständigt, deren Kenntniß in den geistlichen Gerichten, für die sie bestimmt waren, nicht wohl entbehrt werden konnte, während doch die Exegese ihrer Natur nach nur in ungenügender Art den Civilisten die Berücksichtigung des canonischen, den Canonisten das Zurückgehen auf den römischen Proceß möglich machte.[3] Wollten also jene nicht großentheils auf den practischen Erfolg, diese nicht auf die Grundlage ihrer Studien

1) Savigny a. a. O. II. S. 209 fg.
2) S. §. 2 Note 2.
3) Savigny a. a. O. III. §. 190, V. S. 233.

verzichten, so mußte für die Darstellung des Proceßrechts eine Form gesucht werden, welche eine freiere Benutzung beider Quellen zuließ, und eine solche fand sich eben in der selbständigen dogmatischen Bearbeitung derselben. Nichtsdestoweniger blieb in den Schriften der früheren Zeit noch lange der Einfluß sichtbar, welchen einerseits die vorwiegende Beschäftigung, andererseits der dadurch zunächst bestimmte practische Zweck ausübte,[4] indem die Civilisten mehr für die weltlichen, die Canonisten mehr für die geistlichen Gerichte arbeiteten, und weder die einen noch die anderen daran dachten, die einmal bestehenden Differenzen zu beseitigen. Auch war nicht so sehr dies, als die Durchbildung des Gemeinsamen, die Ergänzung aus dem Gleichartigen und die klare Feststellung des Besonderen die Aufgabe, welche gesteckt, und denen, die sie löften, in beiden Gebieten gleiche Auctorität zu geben geeignet war.[5] Auf dem Höhepuncte der Glossatorenzeit erlangten diese Auctorität Tancredus und Roffredus Epiphanii,[6] am Schluß der-

---

4) Vgl. hierüber Tancredus: Ordo jud. in prooem., Jo. Andreae in add. ad Dur. Spec. in prooem. ad v. Plurimis], Martinus de Fano in der Schrift über den Proceß mit dem Anfang „Quoniam plerique" in pr. (bei Sav. V. S. 490), Jo. de Deo: Cavillationes, in fine (bei Wunderlich in der Zeitschr. für gesch. R. W. XI. S. 76).

5) Die älteste Geschichte der ital. Proceßlitteratur gibt Jo. Andreae l. c.

6) Vor der Zeit dieser beiden Juristen sind folgende Schriften zu bemerken: Bulgarus († 1164): Summa de judiciis. Geschr. vor 1148 (vgl. Sav. IV. S. 116), gedr. in Placentini de varietate actionum lib. III. tit. 1—8, und neuerdings herausgegeben von Wunderlich: Anecdota quae ad processum civilem spectant, Gott. 1841 p. 13—26. — Ordo judiciarius. Causa II. quaestio 1. von einem unbekannten Verfasser, geschr. 1171, aus drei Handschr. der Münchener Staatsbibliothek zuerst edirt von Kunstmann in der Krit. Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und R. W. II. S. 10 fg. — Joannes Bassianus (Schüler des Bulgarus): Summa „Quicunque vult", aus unbekannter Zeit, von Richardus Anglicus und von Pillius benutzt, gedruckt bei Savigny IV. S. 549—555. — Ordo judiciarius, inc. „Tractaturi de judiciis primo de praeparatoriis judiciorum dicemus", den Anfang einer von einem Pariser Theologen oder Canonisten zwischen 1160 und 1180 verfaßten Summa legum bildend, von Fr. Schulte in einer Pergament-Hdschr. Nr. 38 des Benedictinerstifts Göttweig in Nieder-Oesterreich entdeckt (vgl. Fr. Schulte: Ueber die Summa legum des Codex Gottwicensis No. 38, aus dem XII. Jahrhundert, Wien 1868), edirt von C. Gross: Incerti autoris ordo judiciarius, pars summae legum et tractatus de praescriptionibus, Innsbr. 1870 8. — Richardus Anglicus (scr. c. 1190): Ordo judiciarius. Ed. C. Witte, Hal. 1853. — Pillius: De ordine judiciorum (kurz nach 1198 geschrieben). Ed. Justin. Gobler, Basil. 1543 8, Fr. Bergmann (sub titulo „Pillii, Tancredi, Gratiae libri de judiciorum ordine"), Gott. 1842 p. 1—86. — Otto Papiensis (Ende des 12. sec.): Summa de ordine judiciario. Ed. pr. Gobler, Mogunt. 1536 8, und hinter der Summa Othonis Senon. de interdictis judiciisque possessoriis Mog. 1536 fol. p. 130—157, Basil. 1543 8 (hinter Pillius), und (zugleich mit der Praxis Bartholomaei Brunatii) Venet. 1567 8 (den Namen des Verf. bezeugt nach Steffenhagen: Beiträge

selben Wilhelmus Durantis,[7] welcher in sein berühmtes Werk, das Speculum judiciale, ähnlich wie Accursius in die glossa

zu v. Savigny's Gesch. des R. R. im M. A. S. 5 die Königsberger Hdschr.). — Der s. g. Ulpianus de edendo (geschr. um 1200), edirt unter dem Titel: Incerti auctoris ordo judiciorum, von G. Haenel, Lips. 1838 8. — Damasus (Anfang des 13. sec.): Summa de ordine judiciario. Ed. pr. Wunderlich l. c. p. 45—120. — Bernardus Dorna (Anfang des 13. sec.): De libellis et conceptione libellorum. Hdschr. zu Paris, Rom, Madrid (Sav. V. S. 152—155). — Guilielmus de Drocheda: Summa aurea, quod continet modum advocandi opponendi respondendi consulendi distinguendi verum a falso. Hdschr. im Gajus-College zu Cambridge, Nr. 914 und 916 des Bernhard'schen Catalogs (Wunderlich in der Zeitschr. für gesch. R. W. XI. S. 79 fg.). — Jacobus Balduini († 1235): 1. Libellus instructionis advocatorum. Hdschr. zu Paris. 2. De primo et secundo decreto. Gedr. in den Tract. Lugd. 1549 VIII. f. 214 und Tract. univ. jur., Venet. 1584 III. f. 136. — 3. De remediis contra sententiam. 4. De confessionibus. Die beiden letzteren in einer Pariser Hdschr. — Ubertus de Bonacurso († 1236): De praeludiis causarum. Ed. Lugd. 1522 4. und öfter. — Bagarottus († 1242): 1. Cavillationes, inc. „Precibus et instantia". Gedr. in Tr. Lugd. IX. f. 100, Tr. univ. jur., Venet. III. p. 2 f. 128. — 2. Tr. inc. „Cum periculosum sit mihi". 3. De reprobatione testium. Gedr. Tr. Lugd. V. f. 253, Tr. univ. jur., Venet. IV. p. 298 (Sav. V. S. 137—142). — Ubertus de Bobio († 1245): 1. Cavillationes s. libellus. Pariser Hdschr. 2. De positionibus. Tr. Lugd. IV. f. 187, Tr. univ. jur., Venet. IV. f. 7. — Tancredus (scr. a. 1214): Ordo judiciarius. Ed. pr. Lugd. 1515 8. (wo fälschlich Jo. de Blanosco als Vf. genannt wird, während er nur der Bearbeiter ist — vgl. Stintzing a. a. O. S. 200 Anm. —), dann öfter, und zuletzt von Fr. Bergmann. Gott. 1842 p. 88—314. Eine Umarbeitung dieser Schrift durch Bartholomaeus Brixiensis aus der Zeit um 1250 ist in mehreren Hdschr. vorhanden. — Gratia Aretinus: De judiciario ordine. Ed. pr. Fr. Bergmann, Gott. 1842 p. 319—384. — Roffredus Epiphanii († 1243): 1. De libellis et ordine judiciorum. 2. Libelli de jure canonico. Ed. sine l. a. et typ., scheinbar in doppeltem Drucke, der eine von Savigny V. S. 209, der andere von Hain: Repert. bibliograph. no. 11966 beschrieben [M.], Avenione 1500 fol., Argent. 1502 und öfter. 3. De positionibus. Tr. Lugd. IV. f. 181, Tr. univ. jur., Venet. IV. f. 2. — In diese Zeit fällt auch wohl die erste Redaction des fälschlich dem Joa. Andreae zugeschriebenen ordo judiciarius s. processus juris, von welchem in Note 15a Nachricht gegeben werden wird.

7) Seit der Mitte des 13ten sec. verflacht sich die Methode. In diese Zeit fallen: Odofredus († 1265): Summa de libellis formandis. Ed. Argent. 1510 und öfter (verloren die Schrift De ordine judiciario s. opus artis notariae, und zwei kleinere Arbeiten De positionibus und De confessionibus). — Joannes de Deo († 1253): 1. Liber judicum (scr. a. 1246?) Hdschr. zu Paris, Rom, Trier, Leipzig, Wien, Cassel. 2. Cavillationes (scr. a. 1246, eine Umarbeitung des Ubertus de Bobio), Venet. 1567 4 (vgl. Wunderlich in der Zeitschr. für gesch. R. W. XI. S. 75). — Martinus de Fano († p. 1272): 1. System des Proc. 2. Liber formularii, Hdschr. zu Rom. — Joannes de Blanosco: Comm. ad. tit. I. de actionibus (mit Klagformularen, scr. a. 1256). Ed. Mogunt. 1539 und öfter. — Nepos de Montealbano: Libellus fugitivus s. libellus pauperum (eine Schrift über die Einreden, wahrscheinlich im J. 1258 oder 1268 geschr.). Ed. pr. Paris. 1510 und öfter. — Bonaguida: 1. Summa introductoria super officio advocationis (scr. a. 1249). Ed. pr. Wunderlich: Anecdota, Gott. 1841 p. 133—345. — 2. Gemma s. margarita, gedr. in den Tr. plurimorum doctorum, Lugd. 1519 f. 31—69. — Guido de Suzaria († p. 1283): 1. De ordinatione causarum s. pra-

ordinaria das Brauchbarste aus den Arbeiten seiner Vorgänger aufnahm, und dadurch nicht bloß diese beinahe völlig in Schatten stellte, sondern auch im ganzen Mittelalter ein so durchgreifendes Ansehn behauptete,[8] daß den Späteren kaum etwas Anderes übrig blieb, als entweder seine Arbeit mit erklärenden Bemerkungen (additiones) zu versehen,[9] oder ihre eigenen Darstellungen in die Form kurzer Compendien zu kleiden.[10]

---

ctica. Francof. 1576 und öfter. 2. De testibus. Hdschr. zu Lucca. — Dinus († p. 1298): 1. De ordine judiciario. Hdschr. zu Bologna. 2. De primo et secundo decreto. Hdschr. in Wien. — Aegidius Fuscararius (scr. 1260, † 1289): De ordine judiciario in foro ecclesiastico. Ed. Bonon. 1572 12, — und außer Anderen, welche theils anonym, theils nur über einzelne Theile des Processes geschrieben haben, — Wilhelmus Durantis († 1296): Speculum judiciale, zweimal von ihm selbst bearbeitet, um 1272 und 1286, in vielen Hdschr. erhalten, und 38 Mal gedruckt, zuerst Romae s. a., Argent. 1473, zuletzt Lugd. 1678 fol.

8) Vgl. hierüber Savigny VI. S. 469.

9) Solche Zusätze haben zwei der berühmtesten Juristen, Johannes Andreä und Baldus geschrieben, die des ersteren (vollendet a. 1346) besonders durch großen Reichthum an litterarischen Notizen ausgezeichnet. Vgl. Sav. V, S. 587.

10) Hierher gehören: Summa, inc. „Ut nos minores" (geschr. zwischen 1245 und 1298), handschriftlich im Gajus-College zu Cambridge, in Basel und in Darmstadt, von einem dem Joa. Andreae l. c. (Note 4) unbekannten Verf., den die englische Hdschr. als Mag. Arnulphus, parysiensis canonicus, bezeichnet (Wunderlich in der Zeitschr. für gesch. R. W. XI. S. 84 fg.). — Summa, inc. „Ad summariam notitiam", mit der vorigen verwandt, aber nicht identisch (wie Reatz in der Zeitschr. für R. G. III. S. 301 fg. neuerdings gegen Rudorff in der Zeitschr. für gesch. R. W. XI. S. 109 nachgewiesen hat), gleichfalls von einem dem Joa. Andreae nicht bekannten Juristen verfaßt, später, wie es scheint, von Bartolus (Stintzing a. a. O. S. 222 fg.) oder aus dessen Schriften (Muther a. a. O. VIII. S. 125) mit Zusätzen versehen, und in dieser Form unter dem Namen des Bartolus edirt. Ed. sine l. (Venet.) 1472 fol., Papiae 1477 fol., Mediol. 1479 fol., Venet. 1487 fol., sine a. et l. (Colon.) 8., Lugd. 1510, 1515 fol. und öfter, zuletzt von Ad. Martin unter dem Titel: Bartoli de Saxoferrato tractatus de ordine judiciorum, Jen. 1826 8. — Otho Senonensis (scr. 1301): Summa de interdictis judiciisque possessoriis, Mog. 1536 fol. — Petrus Jacobi (scr. 1311—1329): 1. Practica libellandi s. practica aurea. Ed. pr. sine l. 1473, Lugd. 1492, 1500, 1501, 1511, 1519, 1535 4., 1539 8., 1575 4. 2. De arbitris et arbitratoribus. Gedr. in den meisten Ausgaben des Liber plurimorum tractatuum, in der Summa Ganfredi una cum tractatu etc., Venet. 1491, 1502, Bonon. 1499 (vgl. de Wal a. a. O. §. 44, Stintzing a. a. O. S. 291 fg.). — Processus Satanae, in drei unter einander verwandten Bearbeitungen: 1. Processus Satanae procuratoris infernalis contra genus humanum coram domino nostro Jesu Christo etc. Gedr. in dem Köllner und in dem Basler Sammelwerk. 2. Processus judiciarius. Ed. sine l. a. et typ. fol. und mit der Ueberschrift: Libellus procuratoris, in quo dyabolus producit litem coram judice omnipotente deo contra genus humanum, etc., Venet. 1478 4. und öfter. 3. Processus contemplativus quaestionis ventilatae coram domino nostro Jesu Christo etc., wahrscheinlich a. 1311 verfaßt, von den Ausgaben mit Unrecht oder höchstens nur auf Grund einer Ueberarbeitung durchweg dem Bartolus zugeschrieben. Ed. sine l. et a. 4., und unter dem Titel: Tractatus quaestionis etc. sine l. 1473 fol., zuletzt im Processus joco-serius, Hannov. 1611 8. (vgl. überhaupt Stintzing

Man darf jedoch diesen systematischen Arbeiten keinen zu großen Einfluß auf die Ausbildung des Processes zuschreiben. Sie hatten allerdings das Verdienst, die Fragmente des im justinianeischen Recht vorliegenden Verfahrens mit glücklichem Erfolge zu einem Ganzen zu vereinigen, und zwischen diesem und dem canonischen Proceß eine fruchtbare Wechselbeziehung herzustellen; sie gaben aber der Regel nach nur kurze Abrisse des Verfahrens, und ließen das Detail, so wie Vieles von dem, was man das materielle Proceßrecht nennen kann, unberührt bei Seite liegen. Hier nun hielten die exegetischen Arbeiten der italienischen Juristen, die Glossen und Commentare, eine reiche Nachlese, und ihrer Richtung auf das Einzelne war es entsprechend, daß sie bei Weitem häufiger als die Proceßschriften zu Resultaten gelangten, welche sich aus den Quellen des römischen und canonischen Rechts nicht unmittelbar ergaben.[11]

Diese neuen Rechtssätze stellen sich zum Theil als bloße Formulirungen und Consequenzen gesetzlicher Normen, mithin als rein wissenschaftliche Erzeugnisse dar, und sind selbstverständlich insoweit

a. a. O. S. 262 fg. und dazu Muther a. a. O. VIII. S. 124). — **Bartolus de Saxoferrato** († 1357): Ritus judiciorum (merkwürdig durch die Bezugnahme auf die sicilianischen Constitutionen, vgl. Muther a. a. O. VIII. S. 125), nebst mehreren anderen kleinen processualischen Tractaten gedruckt in den Gesammtausgaben seiner Werke und seiner Consilia quaestiones et tractatus. — **Baldus de Ubaldis** († 1400): Practica judiciaria. Ed. Lugd. 1515 8., 1521 4., 1525 8., 1528 8. Außerdem kleinere Tractate (Sav. VI. S. 244). — **Joa. Petrus de Ferrariis**: Praxis aurea s. practica (angefangen a. 1400, und, weil die Praxis von Pavia berücksichtigend, auch Practica Papiensis genannt). Gedruckt zwei Mal sine l. a. et typ. wahrscheinlich in Mainz und Straßburg, Spirae 1473, Lugd. 1477, Venet. 1478, Mediol. 1480, Norimb. 1482, nach **Hain**: Repert. bibliogr. nr. 6984—6996 schon im 15. Jahrh. überhaupt 14 Mal, und dann öfter, selbst noch im 17. Jahrh. [M.] — **Jacobus de Theramo s. de Ancharano** (geb. a. 1350 oder 1351, scr. a. 1382): Processus Luciferi contra Jesum, s. Lis Christi et Belial coram Salomone, s. Belial. Gedruckt fünf Mal sine l. a. et typ., August. 1472, 1477, 1479, 1482 fol., Argent. 1478, 1488 fol., Ulm. 1483 fol., überhaupt im 15. Jahrh. 15 Mal, und dann öfter, zuletzt im Processus joco-serius, Hannov. 1611 8. (vgl. Stintzing a. a. O. S. 271 fg., Muther a. a. O. VIII. S. 127, so wie über die deutsche Uebersetzung des Belial und deren Umarbeitung durch J. Ayrer auch Note 15a a. E.). — **Lanfrancus de Oriano** († p. 1448): Practica s. Repetitio super c. quoniam de probat. et clem. saepe de V. S. Ed. Lugd. 1515 8. (zusammen mit der Practica des Baldus), und öfter. — **Robertus Maranta s. de Maranta** († vor 1540): Tr. de ordine judiciorum s. Speculum aureum (geschr. zwischen 1520 und 1525). Ed. Lugd. 1544, 1554, 1557, 1567, 1569 8., Colon. 1550, 1568 4. und öfter. — Ueber **Gernardus Monachus**: Defensorium juris und den gewöhnlich dem **Nicolaus de Tudeschis** (archiepiscopus **Panormitanus**) zugeschriebenen Judiciarii ordinis processus vgl. Note 15a.

11) Dies hebt mit Recht hervor **Briegleb** in dem Vorwort p. VIII. zu seiner Ausgabe der Comm. Joa. Faxioli et Bartoli de Saxoferrato de summaria cognitione, Erl. 1843.

der Berechtigung fähig. Zum großen Theil dagegen beruhen sie auf dem Einfluß longobardischer, also deutscher Rechtsanschauungen, und machen um deswillen als eine Art von Gewohnheitsrecht Anspruch auf bleibende Geltung. Daß Elemente der letzteren Art von den Italienern verarbeitet und in die Theorie des Processes eingefügt worden sind, ist heut zu Tage nicht mehr zweifelhaft,[12] und wie dunkel Einzelnes auch ferner noch bleiben mag, so treten doch bereits gewisse allgemeine Resultate mit genügender Klarheit zu Tage. Nach zwei Seiten nämlich zeigen sich die italienischen Juristen von der Herrschaft eines dem Gegenstand ihrer Forschung fremden, mit ihrem eignen Wesen aber innig verwachsenen Rechtslebens abhängig. Erstens entlehnen sie die den Proceß bedingenden politischen Einrichtungen nicht dem R. R., sondern der bestehenden Verfassung Oberitaliens, welche seit Gründung des longobardischen Reichs durchaus von deutschem Geiste durchdrungen war, und von dem Schwergewicht ihrer factischen Existenz gehalten, der römischen Rechtsauffassung nur untergeordneten Einfluß gestattete. Ferner aber bezeugen und berücksichtigen sie nicht nur Gewohnheiten, welche sich frühzeitig aus der Mischung der römischen und der longobardischen Bevölkerung gebildet haben mochten,[12a] sondern führen auch, als später zufolge der Ausbreitung des R. R. und dessen Anwendung auf fremde Zustände neue Conflicte entstanden, deren Ausgleichung von sich aus herbei, indem sie das R. R. auf solchen Puncten, auf denen es der herrschenden Sitte und Gesittung widerstritt, unbewußt im Geiste derselben auslegen und modificiren. Die Glossatoren zwar weichen noch selten von der rein römischen Doctrin ab;[13] aber schon ihre unmittelbaren Nachfolger, die Juristen des 13. und 14. Jahrhunderts, gehen entschieden auf den Zug dieser neuen Rechtsbildung ein, und das dominirende Ansehen, welches ihren und späteren Commentaren, besonders denen des Bartolus de Saxoferrato und des

---

12) Zuerst methodisch hierauf hingewiesen zu haben, ist das Verdienst der trefflichen Arbeit Briegleb's: Geschichte des Executiv-Pr., Stuttg. 2. Aufl. 1845.

12a) Von besonderem Interesse ist die Vergleichung der italienischen Stadtrechte (statuta municipalia), welche, „voll von sichtbaren Spuren germanischer Elemente, und doch wieder unter dem entschiedensten Einflusse der römischen Rechtswissenschaft", gegen das Ende des 12. Jahrhunderts beginnen, und von den italienischen Juristen häufig angeführt werden. Vgl. Briegleb a. a. O. (vor. Note) §. 6. Das vollständigste Verzeichniß derselben gibt Wach: Der Arrestprocess I. p. 225—233.

13) Beispiele finden sich allerdings auch bei ihnen. Vgl. z. B. §. 13, §. 26.

Baldus de Ubaldis zu Theil ward, beruht nicht zum geringsten Theil gerade auf dieser Eigenthümlichkeit.[14]

II. In Deutschland gab es schon lange vor der Reception des R. R. eine wissenschaftliche Cultur des Processes. Nicht nur über den einheimisch deutschen Proceß, welcher in den weltlichen Gerichten,[15] sondern auch bereits über den römisch-canonischen,[15a]

---

14) Vgl. hierüber die Bemerkungen Briegleb's a. a. O. S. 13 fg.

15) Hierher gehören 1. die Rechtsbücher: der Sachsenspiegel, der Spiegel deutscher Leute, der Schwabenspiegel und das kleine Kaiserrecht in ihren auf den Proceß bezüglichen Bestandtheilen; ferner 2. folgende Rechtsgangbücher (vgl. Homeyer: Die deutschen Rechtsbücher des Mittelalters und ihre Handschriften, Berlin 1856 S. 16 fg. und Wilda im Rh. Mus. VII. S. 279 fg.): Richtsteig Landrechts (Schevencloit) von Johann von Buch (geschr. um 1330) und Richtsteig Lehnrechts von einem unbekannten Verfasser, beide neben einander in vielen älteren Ausgaben des Sachsenspiegels, bei Ludovici: Einleitung zum Lehensproceß, Halle 1718 im Anh., und bei Senckenberg: Corp. jur. germ. I. pars 1. p. 125—308 gedruckt, die erste jener Schriften selbständig herausgegeben von Unger, Gött. 1847, und von Homeyer, Berlin 1857, die andere von Senckenberg: Corp. jur. feud. ed. 2da p. 391—491, und von Homeyer: des Sachsenspiegels zweiter Theil, Berlin 1842 I. S. 369 fg. — Cautela und Premis von Hermann von Oesfeld, geschrieben um 1350, gedruckt in Verbindung mit dem Richtsteig Landrechts in älteren Ausgaben des Ssp. und neuerdings in den cit. Ausg. des Richtsteigs von Unger und Homeyer (S. 390—398), selbständig in Bruns Beiträgen zu den deutschen Rechten S. 138 fg. — Schwäbisches Rechtsgangbuch (vgl. Homeyer: Die deutschen Rechtsbücher S. 54). — Gerichtsformeln, soweit sie sich auf den deutschen Proceß beziehen, in zwei Sammlungen bekannt, von denen die eine Homeyer in seiner Ausg. des Richtsteigs S. 327—338, und die andere, von Theoderich von Bocksdorf um das J. 1448 verfaßte, Böhlau in der Zeitschr. für R. G. I. S. 413—458 edirt hat. — 3. als practische Rechtsbelehrungen: das sächs. Weichbild (vgl. Stobbe: Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. §. 38), die s. g. Magdeburger Fragen, zuletzt herausgegeben von Behrend: Die Magdeburger Fragen, Berl. 1865, die Sammlungen von Schöppensprüchen (vgl. Stobbe a. a. O. I. S. 278 fg.), Buch der Distinctionen (der s. g. vermehrte Sachsenspiegel), herausgegeben von Fr. Ortloff: Das Rechtsbuch nach Distinctionen nebst einem Eisenacher Rechtsbuch, Jena 1836, die IX Bücher Distinctionen oder Magdeburgischen Rechts vom Thorner Stadtschreiber Walther Ekhardi, herausgegeben vom Notar Alb. Pölmann, Magdeb. 1547 (? 1574), sine l. 1576, Wittenb. 1592, Magd. 1603 4. (vgl. Steffenhagen: Die IX Bücher Magdeburgischen Rechts oder die Distinctionen des Thorner Stadtschreibers Walther Ekhardi von Bunzlau, Königsb. 1865).

15a) Daß es in Deutschland vor der Reception des R. R. eine solche römisch-canonistische Proceßlitteratur gegeben hat, ist erst in neuerer Zeit zur rechten Geltung gekommen. Vgl. im Allgemeinen Muther in Glaser's Jahrbüchern für Staats- und Gesellschaftswissenschaften IX. S. 240—244. Es gehören hierher: Eilbertus Bremensis (ein Cleriker der höheren Weihen): Ordo judiciarius, in Hexametern, geschr. zw. 1191 und 1204, gewidmet dem Bischof Wolfker von Passau. Hdschr. in der Hofbibliothek zu Wien (vgl. Siegel: Ueber den ordo judiciarius des Eilbert von Bremen, Wien 1867). — Processus judiciarius s. ordo judiciarius, inc. „Antequam dicam de processu juris", nach einer bis vor Kurzem herrschenden irrthümlichen Annahme von Joa. Andreae, in Wirklichkeit aber zwischen 1215 und 1234 von einem unbekannten Autor wahrscheinlich in Deutschland verfaßt (vgl. Rockinger: Ueber einen ordo

der in den geistlichen Gerichten galt, wurde eine nicht unbeträchtliche Zahl von Schriften verfaßt. Allein wie werthvoll diese

---

judiciarius bisher dem Johannes Andreä zugeschrieben, München 1855, Muther in der Zeitschr. für R. G. VIII. S. 118 fg.), von kleinen Interpolationen abgesehen identisch mit der demselben Juristen zugeschriebenen Summa super secundo libro Decretalium, inc. „Judicium est trium personarum". Ed. Colon. sine a. 4., sine l. (Colon.) et a. 8. (auch als Theil des Köllner Sammelwerks, und von Köllner Druckern öfter wieder aufgelegt), Oppenh. 1503 12., Normb. 1510, 1512 4., ferner in den 3 Ausgaben des Basler Sammelwerks, in 10 Ausgaben des Liber plurimorum tractatuum, und öfter, neuerdings von Horn (Senckenberg's Gerichtsbüchlein schon 1473, dann 1490 und öfter gedruckt als Ordnung — zu Rechten; zugleich Uebersetzungen des Proc. judic. Joannis Andreae), München 1837, von Ag. Wunderlich, Basil. 1840, und bruchstückweise nach der ältesten Handschrift von Rockinger in den Quellen und Erörterungen zur bayrischen und deutschen Geschichte IX. 2 S. 985 fg. Auch in dänischer, friesischer und deutscher Bearbeitung erhalten (vgl. Rudorff in der Zeitschr. für gesch. R. W. XI. 3), und in der deutschen 17 Mal gedruckt, 6 Mal allein sine l. et a., Augsb. 1473, Straßb. 1482, Augsb. 1483, Heidelb. 1490 ꝛc., zuletzt bei Senckenberg: Corp. jur. germ. I. 2 p. 147—155 unter dem Namen „Gerichtsbüchlein" und bei Horn a. a. O. S. 1—35 (vgl. überhaupt Stintzing a. a. O. S. 202 fg.). — Johannes de Scynna (wie statt des in der gedruckten Ausgabe seines Werks vorkommenden Namens „frater Johannes dictus de Stynna nach einer Urkunde von 1233 zu lesen ist, in welcher ein frater Johannes de Colbas [d. i. Kloster Kolbatz in der Caminer Diöcese] quondam abbas in Cynna [d. i. das Cistercienser-Kloster Zinne zwischen Jüterbogk und Brandenburg] unter den Zeugen genannt wird [M.]): Speculum abbreviatum, eine Bearbeitung des Speculum des Durantis, geschr. zwischen 1332 und 1334 [M.], ed. sine l. 1511 fol. (vgl. Stintzing a. a. O. S. 229 fg., Muther a. a. O. VIII. S. 115). — Gerhardus (nicht Johannes) Monachus de Rivo S. Mariae (d. i. Scharnbeck [offenbar zusammengezogen aus Sanct-Marien-Beck], Cistercienser-Kloster unweit Lüneburgs, zur Diöcese Verden gehörig, wie sich aus den Nachrichten bei Gebhardi: Auszüge und Abschriften von Urkunden und Handschriften, welche vornemlich das Herzogthum Lüneburg betreffen, I. S. 642, V. S. 42 und bei Muther a. a. O. VIII. S. 113 ergibt): Defensorium juris, ein Auszug aus des Nepos de Montalbano Libellus fugitivus (Note 7) mit einigen Zusätzen und Abänderungen, gedr. im Liber plur. tract., in Summa Ganfredi una cum tractatu Joh. Monachi denominato Defensorium juris, Venet. 1491, 1502 fol., in Tr. univ. jur. Venet. 1584, III. 2, mit Anderem zusammen Bonon. 1499 fol. (Hain nr. 9392), und zusammen mit dem eben genannten Processus judiciarius in den Ausgaben von 1503, 1510 und 1512 (vgl. Stintzing a. a. O. S. 279 fg., S. 554 fg., Muther a. a. O. VIII. S. 111 fg., dessen auf S. 113 sub 3 über eine Handschrift der academischen Bibliothek des Michaelisklosters zu Lüneburg gemachte Mittheilung dahin vervollständigt werden kann, daß sich in der dortigen Bibliothek zwei Handschriften des Defensorium befanden, von denen im J. 1850 die eine an die Universitäts-Bibliothek zu Göttingen, die andere wahrscheinlich an die Stadtbibliothek zu Lüneburg übergegangen ist). — Tr. inc. „Quia citatio est fundamentum ordinis judiciarii" eine kurze, sehr anschauliche Darstellung eines fingirten Processes vor dem geistlichen Richter, geschr. zu Prag um die J. 1378—1389. Hdschr. zu Leipzig, Königsberg und Breslau [M.]. — Thomas de Pijeschan (nicht Pneschan, wie Steffenhagen: Catalogus codicum manuscriptorum bibliothecae regiae et univ. Regimontanae, no. CXIV. 6 liest): Processus judiciarius, inc. „Circa processum judiciarium in causis delegatis, subdelegatis et ordinariis", verfaßt um 1398, ein ausführliches Lehrbuch, enthaltend Formulare und deren Erklärungen, welche meist wörtlich dem Speculum des Durantis entnommen sind. Hdschr. in Königs-

an sich auch sein mochten, in der Geschichte der Proceßtheorie haben sie keine tieferen Spuren zurückgelassen. Die Bedeutung der dem einheimisch deutschen Proceß zugewandten Arbeiten wurde, wie es bei dem Gang, den die Rechtsentwickelung in Deutschland nahm, nicht anders möglich war, durch das Eindringen der fremden Rechte paralysirt. Und was die Bearbeitungen des römisch-canonischen Processes anbelangt, so hatten dieselben zu ausschließlich die geistlichen Gerichte im Auge, um einer Einwirkung auf das Verfahren der weltlichen Gerichte fähig zu sein; sie trugen zwar mit dazu bei, in Deutschland eine gewisse Kenntniß des fremden Processes zu verbreiten, zu practischer Verwendung aber kamen sie in den weltlichen Gerichten zugleich mit ihren italienischen Vorbildern erst in späterer Zeit.

Dagegen entwickelte sich im 14. Jahrhundert unter dem Einfluß der in den italienischen Rechtsschulen ausgebildeten Vorstellung von der Gemeingültigkeit des R. R. als eines gemeinen kaiserlichen Rechts eine Proceßlitteratur, welche den fremden Proceß recht eigends für die weltlichen Gerichte zu verwerthen bestrebt war, indem sie sich seiner zunächst zur Erklärung des einheimischen Pro-

berg und Leipzig (Thomas de Pijsczano kommt 1400 als Lic. und 1402 als Doct. jur. can. in Prag vor; seine Autorschaft ist jedoch, wenngleich anscheinend durch die Königsb. Handschr. beglaubigt, zweifelhaft) [M.]. — Una introductio procurationis, inc. „Cum citatio fundamentum ordinis judiciarii", verwandt, nicht identisch mit dem eben erwähnten Proceß gleichen Anfangs, verfaßt um 1500 allen Anzeichen nach in Deutschland. Gedr. im Liber plur. tract. hinter dem Commentar des Joh. von Eberhausen zu Joh. Urbach: Processus judiciarius, Liptz. 1489 [M.]. — Johannes Urbach (nicht Auerbach): Processus judiciarius, in vielen zum Theil in das 1. und 2. Jahrzehnt des 15. Jahrh. zurückgehenden Handschriften erhalten, und danach um 1405 in Erfurt von jenem sonst unbekannten Juristen und decretorum doctor verfaßt, seit den 70ger Jahren des 15. Jahrh. aber häufig dem Nicolaus de Tudeschis (archiepiscopus Panormitanus) zugeschrieben (vgl. gegen Stintzing a. a. O. S. 253 [s. auch S. 552], welcher übrigens die Zeit der Abfassung richtig bestimmt, Muther a. a. O. VI. S. 214 fg., VIII. S. 123, und in Glaser's Jahrbüchern IX. S. 243). Gedr. in dreifacher Form, 1. unter dem Namen des Joh. Urbach in dem Liber plurimorum tractatuum unmittelbar hinter dem Modus legendi (bis 1506 wenigstens in 12 Ausgaben), 2. unter dem Namen Joh. de Auerbach zugleich mit der Lectura Johannis de Eberhausen († 1479), Liptz. 1489, 1512 fol., 3. unter dem Namen des Panormitanus, s. l. et a. 4., Lovan. s. a., 1475, 1481 fol., Venet. 1488, 1492, 1499 fol., Basil. 1490 4., und öfter (vgl. Stintzing a. a. O. S. 239 fg., 480, 552). — Hierher sind auch zu zählen deutsche Uebersetzungen von Schriften italienischer Juristen, namentlich von Tancredi ordo judic. (cf. Gottsched: De antiqua versione Theodisca mag. Tancredi, Lips. 1750 4.), vom s. g. Belial des Jac. de Theramo, dessen Uebersetzung bis 1508 22 Mal aufgelegt wurde, dann umgearbeitet von Jacob Ayrer († 1603) Nürnb. 1597 und öfter, c. n. Ahasv. Fritsch Frankf. 1680, 1716, Nürnb. 1737 erschien (vgl. Stintzing S. 275 fg.).

cesses (in einer dessen wahrem Verständniß natürlich nicht gerade förderlichen Art) bediente,[16] und ihn dann zum Frommen der ungelehrten deutschen Richter, Beisitzer, Fürsprecher und Parteien auch in selbständigen Darstellungen zu reproduciren anfing.[17] Diese

16) In dieser romanisirenden Richtung gingen die Glossen zu den sächsischen Rechtsbüchern voran (vgl. Stobbe: Gesch. der deutschen Rechtsquellen I. S. 374—387, 411, 412): die Gl. zum sächs. Ldr. von Johann von Buch, in niedersächsischer Mundart zwischen 1325 und 1355 geschrieben, für Schlesien bearbeitet von Nicolaus Wurm (zuletzt erwähnt im J. 1401 — vgl. Boehlau: Novae constitutiones domini Alberti p. XVIII. sequ. —), später ins Hochdeutsche übertragen und vermehrt durch Theoderich von Boxdorf († 1461) und in dieser Form nebst Randbemerkungen von Tammo von Boxdorf (additiones Bockstorff.) in die ältesten Drucke und meisten Ausgaben des Ssp. vom 15. bis 17. Jahrh. übergegangen; — die Gl. zum sächs. Lehnr., der obersächsischen Mundart angehörig, in einer kürzeren, von der Augsburger Ausgabe des Ssp. von 1516 zu Grunde gelegten, und in einer erweiterten, den übrigen älteren Ausgaben des Ssp. beigefügten Redaction, in beiden jünger als die Buch'sche Glosse zum Landrecht, und jedenfalls vor 1386 verfaßt, dann nochmals erweitert von Nic. Wurm; — die Gl. zum sächs. Weichbild, aus dem 14. Jahrh. stammend, gleichfalls durch Nic. Wurm umgearbeitet. Außer diesen Glossen kommen in specieller Beziehung auf den Proceß in Betracht: Blume des Magdeburgischen Rechts, gegen Ende des 14. Jahrh. wahrscheinlich von Nic. Wurm verfaßt, vielleicht ein erster Entwurf zu dem folgenden Werke, herausgegeben von Boehlau: Die Blume von Magdeburg, Weim. 1868; Blume des Sachsenspiegels von Nic. Wurm, vollendet im J. 1397, ungedruckt (vgl. Homeyer: Rechtsbücher S. 20 fg., Richtsteig S. 355 bis 381, wo sich neben einer genauen Beschreibung Einzelnes abgedruckt findet); Johann Emmerich's Sammlung der alten Rechten und Gewohnheiten der Stadt Frankenberg, geschr. zwischen 1476 und 1493, gedruckt bei Schmincke: Monumenta hassiaca, 2. Theil Nr. V. („von dem Gericht und was dazu gehört" handelt „das ander teyl" S. 710 fg.). — Johann Purgoldt's Rechtsbuch in 10 Büchern (das 5. bis 8. Buch enthält den Proceß), geschrieben kurz nach 1500, herausgegeben von Fr. Ortloff, Jena 1860, als zweiter Theil seiner Sammlung deutscher Rechtsquellen (vgl. Stobbe a. a. O. II. S. 144 fg.). — Viel bewerter Proceß und Ordnung auf Lehen, peinlich und bürgerlich gericht an stat des Richtsteigs gesetzt, in vielen Ausgaben des Ssp., z. B. schon in der Straßburger von 1521 abgedruckt, also jedenfalls vor 1521 geschrieben, jedoch in verschiedenen Bearbeitungen vorhanden, von denen die späteren die Wormser R. G. O. von 1521 tit. 28 citiren (vgl. de Wal a. a. O. §. 72 sub 1).

17) Als Mittel, den fremden Proceß den weltlichen Gerichten zugänglich zu machen, sind schon die in den letzten Decennien des 15. und im Anfang des 16. Jahrh. einzeln und in Sammelwerken von deutschen Druckern veranstalteten zahlreichen Drucke von italienischen und ursprünglich für die geistlichen Gerichte bestimmten deutschen Proceßschriften zu betrachten. Die hierher gehörigen Sammelwerke sind: Liber plurimorum tractatuum juris, enthaltend 12 auf den ersten Rechtsunterricht, den Proceß und das Notariatswesen bezügliche Werke, nämlich modus legendi abbreviaturas in utroque jure, processus Joannis de Urbach, tractatus praesumtionum, summa M. Dominici de civitate Visentia qualiter notarii . . . debeant notariae officium exercere, tractatus notariatus, ordo judiciarius (früher dem Joa. Andreae zugeschrieben), una introductio procurationis (bisher übersehen [M.]), defensorium juris tractatus exceptionum Innocentii IV., Dini tractatus praescriptionum, Petri Jacobi tractatus de arbitris, Galnani differentiae, Bartoli tractatus de tabellionibus, ed. Spir. Petr. Drach sine a. (1475?) 4., zwei Mal s. a., 1486 fol.,

Darstellungen, welche gegen das Ende des 15. Jahrhunderts, also in eben der Zeit begannen, in der die römisch gebildeten Juristen

---

sine l. (Argent.) et a., Argent. 1488, 1490, 1494, 1499 fol., sine l. (Colon.) et a. fol., Norimb. 1494 fol., Hagen. 1505, 1506 fol; das Köllner Sammelwerk, gegen Ende des 15. und zu Anfang des 16. Jahrh. wiederholt gedruckt, meist sine typ. l. et a., wenn vollständig 8 Stücke enthaltend, die auch einzeln in den Buchhandel kommen konnten, darunter tractatus judiciorum Bartoli (s. Note 10.), processus Satanae, summa Joa. Andreae super secundo Decretalium (s. Note 15a), als Ganzes mit einem gemeinsamen Titelblatt, das 7 Stücke aufzählt, mit dem modus legendi abbreviaturas beginnend; das Basler Sammelwerk, unter dem Titel „In utriusque juris libros introductorium", mit denselben Stücken wie die vorige Sammlung, ein einziges („rubricae sive tituli") ausgenommen, und unter Hinzunahme der arbores consanguinitatis, affinitatis etc. des Joa. Andreae, ed. Basil. 1513, 1517 8., (Paris) 1515 8. (vgl. Muther in der Zeitschr. für R. G. IV. S. 413 fg., Stintzing a. a. O. S. 478—486). — Von den Werken deutscher Juristen aber bis in die Mitte des 16. Jahrh. gehören hierher 1. Sammlungen von Proceßformularen (vgl. Rockinger: Ueber Formelbücher vom dreizehnten bis zum sechszehnten Jahrhundert, als rechtsgeschichtliche Quellen, München 1855, Stobbe a. a. O. II. S. 157 fg., Stintzing a. a. O. S. 317 fg.). — 2. Uebersetzungen von Schriften italienischer Juristen, von denen hier neben den bereits in der Note 15a genannten, welche zunächst für die geistlichen Gerichte bestimmt waren, noch zwei Uebersetzungen des Processus Satanae (Note 10), eine von dem Nürnberger Georg Alt aus dem J. 1493, gedr. sine l. et a. 4., und eine von Ulrich Tengler, unter dem Titel „Ein kurtz gedichter prozeß verteutscht" dem Layenspiegel einverleibt, zu erwähnen sind (vgl. Stintzing a. a. O. S. 269 fg.), während die Uebersetzung der Praxis aurea des Joa. Petr. de Ferrariis von Heinrich Knaust, Frankf. a. M. 1601 (vgl. Walther a. a. O. §. 56), 1608 8. (cf. Stryk: Coll. pract. in introd. ad prax. for. p. 6) einer spätern Zeit angehört. — 3. eigene Arbeiten: Der Richterlich Clagspiegel, so zuerst genannt in einer durch Sebastian Brant veranstalteten revidirten Ausgabe, Straßb. 1516 fol. (vgl. Adrian in der Zeitschr. für Civilr. und Pr. N. F. I. S. 425 fg.), im ersten Viertel des 15. Jahrh. im südlichen Deutschland, wahrscheinlich in Schwäbisch Hall, von einem unbekannten Verf. geschrieben, ein populäres Rechtsbuch, welches im ersten Theil die Klagen mit sachlichen Erläuterungen, im zweiten das Criminalrecht und den Criminalproceß darstellt, und für den Civilproceß nicht von großer Bedeutung ist, gedruckt ohne Titel sine l. et a. (wohl schon in den 70ger Jahren des 15. Jahrh.) fol., dann unter den Titeln „Ein neu geteutscht Rechtsbuch gezogen aus geistlichen und weltlichen Rechten", sine l. et a. fol., „Clag, antwurt und ausgesprochen urteyl, gezogen aus gaystlichen und weltlichen rechten", sine l. et a., Augsb. 1487, 1500 fol., und unter dem obigen seitdem allgemein gangbar gewordenen Titel, Straßb. 1516, 1518, 1521 (zwei Mal), 1529, 1530, 1532, 1533, 1536, 1538, 1550, 1553, 1560 fol., Nürnb. 1536 (vgl. Stobbe a. a. O. II. S. 167 fg., Stintzing a. a. O. S. 335—407, 461). — Ulrich Tengler († 1510 oder 1511): Layenspiegel, von rechtmäßigen Ordnungen in bürgerlichen und peinlichen Regimenten, mit einer Vorrede von Seb. Brant, eine Unterweisung für Laien über die Personen, welche im Proceß und in der städtischen Verwaltung thätig werden, über den Civilproceß und über den Criminalproceß, gedr. Augsb. 1509 fol., Straßb. 1510, 1511 fol., dann mit Zusätzen unter dem Titel „Neu Layenspiegel ꝛc." Augsb. 1511, 1512 fol., Straßb. 1514, 1518, 1527, 1530, 1532, 1536, 1538, 1544, 1550, 1560 fol. (vgl. Stobbe a. a. O. II. 170 fg., Stintzing a. a. O. S. 409—447). — Henning Goden (Goede, geb. um 1450, † 1521): Iudiciarii ordinis processus, ein nach dem Tode des Verf. von Joh. Braun herausgegebenes Collegienheft über den Proceß in den geistlichen Gerichten, jedoch mit mehrfachen Beziehungen auf das sächs. Recht, gedr. Viteb. 1538, 1561, Colon. 1552, 1582 und öfter (vgl. Muther a. a. O. VI. S. 220 fg.). —

mehr und mehr in die weltlichen Gerichte eindrangen, waren, nach ihrem wissenschaftlichen Gehalte beurtheilt, von sehr untergeordnetem Werthe, da sie ohne eigenes Urtheil aus den Schriften der Italiener schöpften, und deren Inhalt in populärer Weise für diejenigen zubereiteten, welche die schwerfällige Gelehrsamkeit der italienischen Jurisprudenz nicht hatten erwerben können, und sich doch für das nächste practische Bedürfniß mit dem fremden Recht bekannt zu machen wünschten.[17a] Um so bedeutender aber waren sie durch ihre geschichtlichen Erfolge. Sie ermöglichten und beförderten die Anwendung des fremden Processes in den weltlichen Gerichten, und gaben dadurch, daß sie die deutsche Proceßlitteratur

---

Ulr. Fabricius (eigentlich Windemacher, † 1526): Processus judiciarius, in einem Sammelwerk edirt von J. Gobler, Basil. sine a. (1542) 8. — Jacob Kobel (Köbel, † 1533): Gerichtsordnung, Antzeigung und Inleitung gerichtlicher Ordnung zu volnführung der Sachen im Recht, den Fürsprechen in den Undern oder Nydern Gerichten zu einer Anweisung, geschrieben im J. 1523, und ohne Nennung des Verf., der sich aus der Dedication ergibt, gedruckt Oppenheim 1523 4., nachgedruckt Basel 1536 (mit Nennung des Verf.), gebessert, verändert und mit Annotationen aus dem Speculator versehen (nach der Vorrede) von A. Mauritius Breunle, Leipz. 1529 12. (vgl. de Wal a. a. O. S. 34 fg.). — Jacob Schenk: Gerichtsordnung, wie man förmlich in Recht Handeln und procediren soll, Ettlingen 1530. — Chr. Brechter († 1562): Processus judiciarii totius compendium, sine l. et a. (nach der Widmung aus dem J. 1530), Francof. a. M. 1599 8. — Fridericius Schenck ex liberis baronibus a Tautenberg († 1580): 1. Trias forensis, in qua de tribus fori personis, judice, actore et reo disseritur, Antw. 1528; 2. Progymnasmata fori, Hal. Suev. 1537 fol., Col. 1542, 1552, 1589 8. (vgl. de Wal a. a. O. §. 115). — Andreas Perneder († um 1540): Gerichtlicher Proceß, edirt durch Wolfg. Hunger, Ingolst. 1544 fol., 1551, 1555 8., 1578 fol., vermehrt und verändert durch Oct. Schrenck, Ingolst. 1573, 1571 fol., abermals vermehrt durch Roch Freymon (von Obernhausen), ibid. 1592 und öfter (vgl. Geib: Lehrb. des deutschen Strafrechts I. S. 286, Stobbe a. a. O. II. S. 173 fg., de Wal a. a. O. §. 87). — Friedrich Stumphart: Teutscher Proceß weltlichs bürgerlichs Rechtens, Tüb. 1541 fol., vermehrt durch Abraham Saur, Frankf. a. M. 1585, 1587, 1595 fol. (vgl. de Wal a. a. O. §. 140). — Wilhelm Haneton: De ordine et forma judiciorum, ohne Wissen des Verf. nach einem Collegienheft edirt Francof. 1543 4., Col. 1584, Spir. 1591 8., von ihm selbst zum Druck bearbeitet und herausgegeben Tornaci 1570, ins Deutsche übersetzt durch J. Gobler, Frankf. 1559 8., 1578 fol. (vgl. de Wal a. a. O. §. 89.) — Justinus Gobler (geb. 1503, † 1567): 1. Gerichtlicher Proceß aus Grund der Rechten und gemeyner Uebung zum fleissigsten in drei theyl verfasset, anonym gedruckt Frankf. 1536, 1538, 1542 fol., dann umgearbeitet unter etwas anderem Titel in zwei Theilen, Frankf. 1549, 1555, 1562, 1578, 1594 fol. 2. Spiegel der Rechten (6ter Theil von den Klagen, 7ter vom gerichtlichen Proceß), Frankf. 1550, 1552, 1558, 1564, 1568, 1573 fol., ins Holländische übersetzt, Antw. 1559 fol. (vgl. Stobbe a. a. O. II. S. 174 fg., Muther a. a. O. IV. S. 441 fg., de Wal a. a. O. §. 106).

17a) Eine „Geschichte der populären Litteratur des römisch-canonischen Rechts (nicht bloß Processes) in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfang des sechszehnten Jahrhunderts“ gibt mit besonderer Berücksichtigung der typographischen Verbreitung der einschlagenden Schriften das in Note * angeführte und bisher vielfach benutzte, nach Inhalt und Form gleich ausgezeichnete Werk von R. Stintzing.

an die italienische anknüpften, dem in der Bildung begriffenen neuen Rechtszustande in wesentlichen Beziehungen sein bestimmtes Gepräge. Es kommen dabei nicht bloß die allgemein maaßgebenden Grundsätze von der Geltung des justinianeischen Rechtsbuchs als eines geschlossenen Ganzen, von der Auctorität der Glosse, und vom Verhältniß des canonischen zum römischen Recht in Betracht, — für das Proceßrecht insbesondere ist von Wichtigkeit, daß dessen erste deutsche Bearbeiter sich so wenig wie ihre italienischen Vorgänger streng an die Quellen hielten, sondern die germanistischen Modificationen, mit denen die italienische Proceßtheorie ausgestattet war, in ihre Schriften übergehen ließen, und dadurch denselben auch in der deutschen Praxis Eingang verschafften.

So entschieden indeß die germanistische Färbung der von den Italienern ausgebildeten Proceßtheorie war, so bestanden zwischen ihr und dem einheimischen deutschen Proceß doch immer noch tief greifende principielle Differenzen, und es fragte sich, wie die neue deutsche Jurisprudenz sich hierzu stellen werde. Daß nun in dieser Beziehung der einheimische Proceß im Ganzen und Großen zurücktreten mußte, verstand sich nach Lage der Sache von selbst. Jedoch wiederholte sich, was früher schon in Italien geschehen war, daß einzelne Bestandtheile desselben ihre Geltung behielten, und von der Doctrin mit dem fremden Proceß verschmolzen wurden. Manche dieser deutschen Rechtselemente fanden überall, andere nur hier und da Anerkennung, und besonders zeichneten sich die Länder des sächsischen Rechts durch ihr zäheres Festhalten an dem ererbten Rechtsschatz aus. Allerdings sahen seit Anfang des 16. Jahrhunderts auch die sächsischen Juristen das R. R. als die Grundlage des gegebenen Rechtszustandes an; da sie sich aber mit dem alten Landrecht und der diesem zu Theil gewordenen Cultur noch immer in lebendigem Zusammenhang fühlten, so wurde die anderwärts sehr unvollständig durchgeführte Regel: „Landrecht bricht gemeines Recht," bei ihnen zur Wahrheit.[17b] Sie behandelten, von einer verständigen Gesetzgebung unterstützt, den

17b) Bemerkenswerth ist in dieser Beziehung ein Ausspruch der Oberhofgerichtsordnung Herzog Albrecht des Beherzten von 1488, auf welchen Muther: Die Gewissensvertretung, Erl. 1860 S. 40 aufmerksam macht: „Es sullen auch alle Sachenn vor dem gerichte nach Sächsischenn Rechtenn, wu das rechtlich und bestendigk außgedruckt, vorsprochenn werdenn, wu es abber unausgedrucket, tunkel adder unvornemlich ist, Sal es erfollunge und dewtunge noch gemeynenn Rechtenn nehmenn."

fremden Proceß mit einer Freiheit, welche vielen einheimischen Instituten zu Gute kam,[18] und wurden dadurch die Begründer

---

18) Von den sächsischen Processualisten der gegenwärtigen Periode, welche sich an die romanisirenden Juristen der Note 16 anschließen, von diesen aber dadurch unterschieden sind, daß sie das R. R. zu Grund legen, verdienen bis zur Mitte des 17ten sec. folgende genannt zu werden: Processus juris deutzsch aber Ordnunge der Gerichtsleuffte, wahrscheinlich ein Collegienheft aus dem Ende des 15. oder Anfang des 16. Jahrh., bearbeitet und edirt von Georg von Rothschitz (der 1526 als Canzler des Herzogs Heinrich des Frommen zu Sachsen in Freiberg vorkommt, und 1536 gestorben zu sein scheint) Leipzig 1529, 1530, 1535, 1539, 1543 8., Erf. 1531 8., Bautzen 1559, 1565, Zittau 1587, Frankf. 1594 8.; verm. von J. Schultes, Leipzig 1598 4. und öfter (vgl. Stobbe a. a. O. II. 179 fg., Muther a. a. O. VI. S. 222 fg.) — Chilian König (geb. um 1470, Canzler Herzogs Georg zu Sachsen von 1508—1514, dann Syndicus seiner Vaterstadt Zwickau bis 1520, † 1526): Proceß, Practica und Gerichtsordnung, aus beiden Keiserlichen und Geistlichen beschriebenen Rechten — auch dem Sächsischen und anderm gebrauch nach — zusammengezogen, Leipz. 1541 fol., 1541 4. (wohl identisch mit der in [Weller] Altes aus allen Theilen der Geschichte, Bd. I. S. 105 erwähnten Ausgabe), Frankf. a. O. 1550 fol., Bautzen 1555 4., Leipzig 1567, 1572, 1577, 1581, 1588, 1594 4.; überarbeitet von Joachim Gregorii von Pritzen, Leipzig 1599 4. und öfter (vgl. Stobbe a. a. O. II. S. 180 fg., Muther a. a. O. IV. S. 406 Note 70, VI. S. 228 fg.). — Conr. Mauser († 1548): Processus juris, ein Collegienheft, geschrieben 1540, und nach dem Tode des Verf. von dem gleichnamigen Sohne herausgegeben, Wittenb. 1569 4. — Ein kurzer und nützlicher Proceß, so vor fünfzig Jahren (d. i. um 1545) nach Sächsischen Rechten und Uebungen von einem vornehmen Doctore zu Wittenberg einem guten Freunde zum besten bestellet worden, mit einer Vorrede D. Joachimi Gregorii von Pritzen, jetzo zu Magdeburgk 2c.; — Ein kurzer Proceß, wie der zu Magdeburg und an andern orten, da Sächsisch Recht in übung ist, gemeinlich gehalten und observirt wird, — beide Schriften von Joachim Gregorii herausgegeben, und den durch denselben besorgten Ausgaben von Conradi Lagi Compendium juris Saxonici, Magdeb. 1597, 1603 4., der erste der ersten Ausg., beide der zweiten beigefügt, jedoch so, daß sie auch abgesondert verkauft werden konnten (vgl. Muther a. a. O. VI. S. 230 fg., in Glaser's Jahrbüchern V. S. 404 fg.). — Chil. Goldstein (geb. 1499, † 1568): Enchiridion processus judiciarii tam secundum jus commune quam jus Saxonicum conscripti (der 2te Theil handelt de formulis tam actionum quam exceptionum), wahrscheinlich ein im Nachlasse von den Erben vorgefundenes und noch im Todesjahr herausgegebenes Collegienheft, Francof. 1568, 1572, 1579, 1585, 1596 8.; neu bearbeitet und unter dem Titel „Practica" edirt von Jac. Schultes, Lips. 1604, 1611, 1621 4., s. l. 1672 8. (vgl. Muther a. a. O. VI. S. 225 fg.). — Petrus Termineus: Processus juris scripti et consuetudinis frequentioris per Germaniam hoc tempore usitatus s. Gerichtlicher Proceß des geschriebenen Rechts Gewohnheit und täglichen brauchs in Germanien jetziger Zeit üblich, lateinisch und deutsch, ed. sine l. et a. (nach der an Bürgermeister und Rath von Torgau gerichteten Widmung a. 1565), Colon. 1570, Viteb. 1584, 1590 8.; studio Abrah. Saur, Colon. 1592, 1598 8.; c. not Jac. Schultes Isleb. 1602 4., Jenae 1602 4. und öfter. — Albert Pölman (1557 Notar in Königsberg i. Pr.): Der gantze Proceß des ordentlichen Gerichts in bürgerlichen Sachen, wie es bei den Untergerichten dieses Herzogthums Preussen gehalten wird, Königsb. i. Pr. 1577 4. — Modestinus Pistoris († 1565): Processus juris scripti quam non scripti, per Saxoniam cum primis superiorem usitatus, op. Chr. Crusii, Magdeb. 1623, 1630 4. — Mich. Teuber (eigentlich Teuffel, geb. 1524, † 1586): Formularbuch auf den Proceß und andere nothwendige Schriften zu den Rechtssachen dienlich (jedenfalls vor der Constitutionen-Gesetzgebung, d. i. vor 1572 geschrieben), edirt von Jac. Schultes (hinter Rothschitz) Leipzig

einer Richtung, die bis ins 17. Jahrhundert in bestimmtem Gegensatz gegen die im übrigen Deutschland herrschende,[19] vor-

1598 4. und öfter (vgl. Muther, die Gewissensvertretung S. 58 Note 4, Walther a. a. O. §. 123). — Christoph Friderich († vor 1610): Proceß, Wie vornemlich in den Chur und Fürstlichen Sächsischen Hoffgerichten in allen Instanzen rechtlichen zu verfahren sei, nach des Verf. Tod edirt durch Leonh. Wipprecht, Jena 1610 4., dann als Processus germanice primum conscriptus, postea novis additionibus locupletatus a Tob. Heidenreich, Lips. 1626 4., c. nov. addit. F. G. Nicolai, Dresd. 1655, Jen. 1663, 1666, Rudolst. 1674 4., cur. Frid. Rudolphi, Lips. et Goth. 1686 8. (vgl. Walther a. a. O. §. 202 und dazu de Wal a. a. O. §. 202). — Gottfr. Fibig († 1648): Processus tum summarii et executivi ut et arresti, tum ordinarii et injuriarum delineatio brevissima, stylo nostrorum temporum fori comprimis Saxonici accommodata, Lips. 1659, 1668 4., c. acc. Barth. Leonh. Suendendoerfferi († 1705) sub titulo: Processus Fibigianus observationibus practicis — variisque agendi excipiendi atque judicandi formulis adauctus, Lips. 1675, 1690, 1691, 1740 4. — Bened. Carpzov († 1666): 1. Processus juris in foro saxonico usu et observantia comprobatus et ad fundamenta rationesque juris Romano-imperialis, canonici, saxonici et provincialis revocatus, Jenae 1657, 1663, 1667, 1675, 1690, Lips. 1708 fol. (Synopsin processus Carpzoviani ed. P. Baumann, Jen. 1684, 1694 4.); 2. Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica, secundum ordinem constitutionum D. Augusti electoris Saxon. exhibens definitiones judiciales succinctas rerum et quaestionum in foro praesertim Saxon. occurrentium, Francof. 1638, 1644, 1650, Lips. 1663, 1684 (c. Andreae Mylii), 1694, 1703, 1721 fol.

19) Die hier zu nennenden Processualisten sind also die unmittelbaren Nachfolger der in Note 17 erwähnten. Die bemerkenswerthesten unter ihnen sind mit Ausschluß der Cameralschriftsteller bis zur Mitte des 17. sec. folgende: Joh. Ferrarius (eigentlich Schmid, mit dem Beinamen Montanus, † 1558): 1. Enchiridion de judiciorum praeexercitamentis, Francof. 1554 8., 1600 4., und unter dem Titel: Processus judiciarii ad mores nostros accommodati pars I. Hamb. 1608, 1618 4.; 2. Progymnasmata forensia, s. processus judiciarii recepti libri V, eine Sammlung einzelner schon vordem erschienener Schriften, ed. Lugd. 1542, Francof. 1599, 1652 4. (vgl. Walther a. a. O. §. 98 und dazu de Wal a. a. O. §. 98). — Joh. Oldendorp († 1567): 1. Enchiridion exceptionum forensium; 2. Progymnasmata fori nonnulla, solum (? totum) ordinem judiciarium populariter explicantia, secundum constit. Caroli V. et Ferdinandi I. Impp. in comitiis Augustanis a. 1548 editam, beide Schriften zuerst edirt Marb. 1552, und dann öfter in Verbindung mit anderen schon früher publicirten, meist processualischen Arbeiten theils in den Opp. tom. I. Basil. 1559 fol., theils besonders gedruckt, Francof. 1600, Colon. 1601 8., auct. et ad usum fori acc. ab Andr. Christ. Roesner, Lips. 1692, 1698 4. (vgl. de Wal a. a. O. §. 108). — Nicolaus Vigelius († 1600): 1. Exceptionum forensium libri III, Basil. 1555, 1557 8.; 2. Practica forensis ex vetustissimis et probatissimis jurisconsultis ac rhetoribus excerpta, Basil. 1558, 1570 8.; 3. De arte litem contestandi, den Dialectices juris civilis libri III, Basil. 1573 8. und öfter, angehängt; 4. Jacobi Pasquilli (pseudonym für Vigelius) Progymnasmata judiciorum, der Bauern Practica und in Gerichtshändeln üblicher Proceß, gedruckt 1563, und vermehrt durch Conr. Gerh. Saur, Frankf. 1607 8., unter des Verf. Namen und mit dem Titel „Richterbüchlein" Basel 1579, Frankf. 1588, Rinteln 1625 8., dann vermehrt durch Bernh. Melchior Husanus unter dem Titel „Gerichtsbüchlein" Jena 1635, 1707 8., Leipz. 1636 8., mit Zusätzen von E. Chr. Homberg, Arnst. 1663, Naumb. 1670, 1701 8., umgearbeitet durch J. W. Struve, Cöthen 1686, Cölln 1702 8., und nochmals durch D. Gotth. Eckarth, Merseb. 1734 8. (vgl. de Wal a. a. O. §. 149). — Heinr. Knaust

zugsweise durch die K. G. Ordnungen und die Cameralschrift=

(† nach 1575): Feuerzeugk Gerichtlicher Ordnunge, Proceßläuffe und Sachen, so sich in Gerichten pflegen zuzutragen, Franck. 1558, 1562 8. und öfter, zuletzt herausgegeben durch Petr. Ferrarius (Castellanus), Frankf. 1616, 1624 8. (vgl. Walther a. a. O. §. 101, Muther a. a. O. VI. S. 232 fg.). — Jodocus (Joost) de Damhouder († 1581): Praxis rerum civilium, Antwerp. 1567, 1596 4., Francof. 1575 fol., aucta ann. Nic. Tuldeni, Antw. 1617 4., vom Verf. selbst ins Französische übertragen, Antw. 1572, holländisch Rotterd. 1660 4., deutsch und vermehrt durch Joh. Vetter, Frankf. 1571, 1575, 1591, 1596 fol.; Joh. Chr. Upilionis nucleus Damhouderianus, Herbip. 1651 8. — Leop. Dickius: Oikonomia constituendi explicandique judicii ordinarii, cum juri scripto, tum vero gentium moribus accomodata, Basil. 1567 fol. (mit einer Widmung aus dem J. 1561) [M.]. — Noë Meurer (im J. 1566 kurpfälzischer Rath): Liberey Keyserlicher, Auch Teutscher Nation Landt und Statt Recht (der erste Theil enthält den Proceß), Heidelb. 1582, Mainz 1584 fol., ed. c. Rücker, Frkf. 1597, 1601 fol. (vgl. Wächter: Gemeines Recht S. 83 N. 98, Stobbe a. a. O. II. S. 177). — Joh. Pels (von Recklinghausen in Westphalen, † 1584): Processus judiciarius, ed. op. Christ. Wintzleri, Col. 1598, 1614, 1685, 1710 8. — Hubertus Giphanius (Heubert van Giffen, † 1604): Tractatus duo de ordine judiciorum, quem vulgo processum juris vocant, ed. Richter, Schleusing. 1628, 1678 4., Jen. 1674 4., bearbeitet nach einer in Ingolstadt gehaltenen Vorlesung (vgl. de Wal a. a. O. §. 155); ein nach den Proceßvorlesungen des Giphanius nachgeschriebenes Collegienheft aus dem J. 1595, befindet sich in Erlangen, Cod. 965 [M.]. — Georg am Wald: Gerichtliche Proceß, wie er in gemein. geschrib. Bäbstl. und Kayserl. Rechten gegründet, und jetziger zeyt in Teutschland üblich, aufs kürtzest mit allen seinen Substantialen verfasset (in Reymen), gedruckt hinter desselben Verf. „Gerichts=Teuffel", Sct. Gallen 1580 4., Frankf. 1586, 1597 fol. — Joa. Bapt. Schwartzenthaler (im J. 1592 ord. Prof. in Wien): Tractatus judiciarii ordinis in tres libros digestus, Francof. 1592, 1653 4. — Arnoldus de Reyger (Erbherr in Gladbeck, geb. 1559): Exercitationes practicae justa seriem processus jud. in curiis Germaniae usitati, Jenae 1596 4., dann unter dem Titel „Processus judiciarius", Halae 1597, Magdeb. 1603, 1609, 1697 4. (vgl. Walther a. a. O. §. 175, de Wal §. 175). — Steph. Berchtold: De judiciis et processu judiciario, Basil. 1586 4. — Joa. Monachus (Münch, † 1599): Practica judiciaria, ed. C. Steinacker, Magdeb. 1606 4.; eine zweite Ausgabe scheint zu sein der anonym erschienene: Processus judiciarius secundum jus commune, camerale et Saxonicum, ab insigni quodam ICto, viro practicotato quondam inclytae Reipublicae Noribergensis Advocato . . conscriptus, Hannov. 1617 4. [M.]. — Joh. Harpprecht († 1639): Tractatus de processu judiciario in disput. VI distinctus, Tub. 1589, 1596, 1598 4.; in decades XXIII distinctus, Tub. 1602, 1611, 1620 8. — Herm. Vultejus († 1634): Tractatus de judiciis in libros IV divisus, ed. op. Joh. Vulteji, autoris filii, Casell. 1654 4.; ein Collegienheft über den Proceß aus dem J. 1597 ist handschr. erhalten auf der Königl. Bibliothek zu Berlin, Mss. lat. in fol. no. 138 (cf. Muther: De origine processus provocatorii p. 5). — Hieronymus Treutler († 1607): Lucerna caussidicorum s. annotationes aureae in Jurisprudentiam Romanam Herm. Vulteji, Cass. 1612 4., Colon. 1612 8., Francof. 1615 8., neu aufgelegt unter dem Titel Commentarius judiciarius s. nota practica in libros II Jurisprudentiae Herm. Vulteji, una cum formulis actionum totius processus, tum inferiorum dicasteriorum, tum Supremi Cameralis Judicii, Hannov. 1652 8. (vgl. de Wal a. a. O. §. 158). — Ilico Ummius (Frisius Butjadae, † 1643): Disputationes XXIII ad processum judiciarium directae, Jen. 1612, 1616, 1620, 1643 4., ex autographis autoris locupl. ab A. G. Ummio, Brem. 1658 4. — Justus Rei-

steller[20] vertretene mehr romanistische Richtung stand. Bleibenden Einfluß gewannen dort Chilian König und Benedict Carpzov, hier Andreas Gaill und Joachim Mynsinger.

---

fenberg († 1631): Praxis processus civilis judiciarii, Hannov. 1621 8. — Frid. Hiltrop: Processus judiciarius s. praxis forensis, Colon. 1629, 1685, 1705, 1735 4. — Antonius Matthaeus (der zweite seines Namens, † 1654): De judiciis disputationes XVII, Traj. ad Rh. 1639, 1645 12., Amstel. 1666 8., c. not. G. Ad. Struvii, ibid. 1680 4., Traj. ad Rh. 1750 4. — Erwähnung verdient an dieser Stelle auch eine Sammlung von Territorial-Proceß- und Gerichtsordnungen des 16. Jahrhunderts, die zwar weder vollständig, noch in jeder Beziehung correct, aber nichts desto weniger unentbehrlich ist, nämlich: Fasciculus judiciarii ordinis singularis, das ist Ein schöner Außbund Etlicher Chur- und Fürsten Gerichts: ober und under, auch Grafen und Hern Land Ordnung, .. durch Angaben .. M. Abrahami Saurii, Fürstl. Hessischen Hoffgerichts zu Marpurgk verordneten Advocaten, 1. Theil Frankf. 1589 fol. (Vorrede und Schluß mit der Jahreszahl 1588), 2. Theil Meintz 1589 fol. (der erste Theil enthält 5, der zweite 3 Fasciculi, jeder Fasciculus mit besonderer Paginirung) [M.].

20) Da der ältere R. G. Proceß aus der gemeinen romanisch-germanischen Doctrin hervorgegangen war (vgl. z. B. die R. G. O. von 1508), so hatten anfangs auch die Schriften, welche sich vorzugsweise mit ihm beschäftigten, viel mehr einen gemeinrechtlichen Character als in späterer Zeit, nachdem ihm durch die Gesetzgebung und den Gerichtsgebrauch eine in vielen Beziehungen von seiner Grundlage abweichende Gestalt gegeben worden war. Hierauf beruht der große Einfluß der älteren Cameralschriftsteller, unter denen folgende zu bemerken sind: Joachim Mynsinger a Frundeck († 1588): Singularium observationum imperialis Camerae cent. IV, Basil. 1563, 1565, 1570 8.; cent. V, Basil. 1576, 1580 fol.; cent. VI, Helmst. 1584 4., ex recogn. Arn. de Reyger, Helmst. 1591, 1594, 1599 4., nachgedruckt Lugd. 1608, Colon. 1609, 1697, Viteb. 1609, 1615, 1624, 1637, 1648, 1658, 1671, Francof. 1661, sämmtlich 4. (vgl. Schreiber: Joachim Mynsinger von Frundeck, Freib. 1834, p. 53 fg.). — Noë Meurer (vgl. Note 19): Kammergerichts Ordnung und Proceß, Frankf. 1566, 1567, 1572, 1584, Mainz 1592, 1598 fol., und mit den bereits abgesondert erschienenen Commentaria Othonis Melandri in Noae Meureri Processum Cameralem cum adjectione multarum practicarum observationum (Muhlh. 1601, Francof. 1613 fol.) zu einem Ganzen verbunden Francof. 1621 fol. (vgl. de Wal a. a. O. §. 105). — Raphael Seiler: 1. Processus Camerae Germanicae, Mogunt. 1574, 1580; 2. Cammer-Gerichts Bey- und End-Urtheil, sive Selectissimarum sententiarum in summo sacrae Imperialis Camerae judicio ab a. 1495 ad a. 1570 publicatarum partes duae, Francof. 1572, pars III. (usque ad a. 1573) ibid. 1573 fol., dann neu aufgelegt und fortgesetzt (bis 1587) durch Christ. Barth, 5 volum. Speier 1604 fol. — Andreas Gaill († 1587): Practicarum observationum tam ad processum judiciarium praesertim imperialis camerae, quam causarum decisiones pertinentium libri II, Colon. 1578, 1580, 1581, 1583 fol., 1586 8., dann 1592, 1595, 1601, 1608, 1621, 1628, 1645, 1653, 1661, 1668, 1669 4., c. praef. Gosw. Jos. de Buinink sub tit. A. Gailii opera praestantiora, Arnst. 1663 4., Col. 1771 fol.; deutsch von Tob. Lancius, Hamb. 1601, 1663 (notas in Gailium ed. Guil. Ant. de Freundenberg, Marp. 1629; Gailium enucleatum ed. Eberh. Fabricius, Col. 1662 und öfter). — Guil. Roding: Inst. de judicio Rom. imperii summo, Amb. 1594 12., dann unter dem Titel: Manuale pandectarum juris cameralis, Spir. 1598 12., nach seinem Tode Cass. 1604 fol., und als: Pandectarum cameralium libri IV, c. Dav. Oesingeri, Argent. 1609 8., c. not. Gambsii et Braueri, Spir. 1660 8., 1665 4., c. Car. Aug. bar. de

Immerhin aber hatten die beiden Richtungen ihren gemeinsamen Ausgangspunct in der Doctrin der italienischen Juristen, und beiden stand eine genaue Kenntniß derselben zu Gebote. Im

---

Leubelfing, ibid. 1668 8., Francof. 1686, Colon. 1710 4., zuletzt c. Chr. Ph. Langii, Wetzl. 1750 4. — Petrus Friderus (Mindanus, † 1616): De processibus, mandatis et monitoriis in imp. Camera extrahendis, et de supplicationibus, quae pro eis fiunt, recte formandis, Frf. 1595 8., 1597, 1601, 1610, 1618, 1620, 1660, 1696 4., Wetzl. 1737 4. — Petrus Denaisius († 1610): Compendium juris cameralis, Argent. 1599 8., Spir. 1609 12., 1625, 1717 8. — Christ. Schwanmann (ab Atrendorff, † p. 1648): 1. De processibus Camerae Imperialis judicii libri II, Francof. 1598, 1601 4.; 2. Practicarum observationum s. quaestionum ad Christophori Schwanmanni J. C. processum judiciarium camerae imperialis causarumque decisiones pertinentium decades XIV, Francof. 1601, Lips. 1607 4., beide Schriften zusammen Hamb. 1609, Francof. 1620, Tub. 1649 4. — Joh. Emericus a Rosbach († 1605): Praxis civilis s. processus judiciarius ad usum et consuetudinem judiciorum in Germania hoc tempore frequentiorem, maxime vero ad stylum Camerae Imperialis accommodatus, Francof. 1599 8., dann unter etwas verändertem Titel, ibid. 1601, 1609, 1613, 1618, 1630 8., 1654, 1670, 1688 4., Rost. 1670, 1679 4. — Nic. Wineus: Processus methodicus aug. camerae imp., Francof. 1601 8. — Adrianus Gylmannus (pseudonym nach Einigen für Mynsinger, nach Anderen für Gilhausen): Symphoremata supplicationum pro processibus in supremo camerae Imp. auditorio impetrandis, Frf. P. I.—III. 1601, P. IV. 1602, P. V. 1603 fol.; c. Pauli Math. Wehneri VI Part., ibid. 1630—1633 fol. — Joh. Meichsner (geb. zu Augsburg, nassauischer und speierischer Rath, von 1572—1596 Assessor am R. K. Gericht, † 1597): Decisionum camerae Imperialis tomi IV, ed. a Nic. Thessmero, Frf. 1603—1606, 1688, Mogunt. 1663 fol. (nicht zu verwechseln mit Joh. Hel. Meichßner, geb. zu Eßlingen, Würtembergischem, auch Badischem Hofgerichts- und Canzleisecretarien, Verfasser des Handbüchleins, Tüb. 1538 4., 1550 8. und des nach seinem Tode aus seines und seines Halbbruders Joh. Künigspach von dem Sohne Seb. Meichßner „sammt dem Handbüchlein" herausgegebenen Hoch oder gemeiner Teutscher Nation Formular, Frankf. 1563, 1567 fol.). — Lud. Gilhausen: Arbor judiciaria secundum augustissimum camerale jus atque saxonicum multaque alia provincialia judicia erecta et directa, Frf. 1604, 1612, Col. 1620 fol., dann unter dem Titel: Processus absolutissimus, tam civilis quam criminalis etc., Frf. 1621, 1626, 1642, 1662, 1694 fol. — P. Matth. Wehner († 1612): Practicarum juris observationum aug. camerae Imperialis liber singularis, Frf. 1608, 1651, 1674 4., c. annot. Casp. Bitschii aliorumque, nec non praef. Joh. Schilteri, Argent. 1701, 1735 fol. — Joh. Jac. Babe: Praxis juridica ad camerae imp. processum, Francof. 1620 8. — D. Schmuck: Velitationes VI, quibus processus camerae illustratur, Alt. 1629. — J. Jacobi: Praxis camerae imp., Francof. 1653, Norimb. 1680 fol. — Durch den Westph. Frieden wurde neben dem R. K. G. auch der Reichs-Hofrath als höchstes Reichsgericht anerkannt, und seitdem der Proceß beider Gerichte bald gemeinsam, bald besonders bearbeitet. Allein diese Arbeiten, welche sich mehr und mehr den Eigenthümlichkeiten ihres speciellen Objectes zuwandten, übten im Vergleich zu dem J. R. A. von 1654 einen nur geringen Einfluß auf die Territorialgerichte aus, und haben daher mit dem Untergang des Reichs den besten Theil ihrer Bedeutung verloren. Es gehören dahin: Joh. Belitz: Processus camerae imp. in tabulas redactus, Jen. 1661, 1666 f., Rudolst. 1678. — Jac. Blum († nach 1681): Processus cameralis, Francof. 1665, 1676, 1693 4., Colon. 1665, 1695, 1703, 1718 4. — Joh. Deckher († um 1694): 1. Concordia supre-

Lauf des 17. Jahrhunderts jedoch trat hierin eine wichtige Veränderung ein. Man erkaltete in dem Studium der Italiener, und fing an, sich mit den von der vorausgegangenen Generation gewonnenen Resultaten zu begnügen. Die Folge davon war, daß man nicht bloß die Kenntniß der Beziehungen einbüßte, in welchen die Italiener zu den Quellen gestanden hatten, sondern daß man auch, was für die wissenschaftliche Gründlichkeit schlimmer war, die Quellen selbst aus den Augen verlor. Bald wurden nur noch die nächsten Vorgänger ausgebeutet, und da die Mittel zu einer critischen Prüfung abhanden gekommen waren, so gingen selbst bloße Einfälle, wenn sie einen Schein von Wahrheit hatten, von Einem auf den Andern, und schließlich in die Praxis über.[21] Allerdings

---

morum tribunalium, Frf. 1691, Wetzl. 1722 4.; 2. Notae in Blumii proc. cam. s. vindiciae pro veritate et justitia rei jurisque cameralis, Frf. 1689 4. und öfter. — Joh. Fr. Hoffmann: Praxis juris et processus cameralis, Frf. et Wetzl. 1690, 1721 4. — G. Melch. Ludolff († 1740): 1. Delineatio juris camer. Frf. 1714 4.; 2. De jure cam. commentatio systematica, ibid. 1719, 1722, 1730 4. — Joh. Guil. Ludolff: De differentiis processus judiciarii camerae imp. a processu judiciorum Saxoniae, Erf. 1714 4. — J. J. Moser († 1785): 1. Einleitung in den Reichshofraths-Proceß. 4 Bde, Frkf. und Leipz. 1731—1737, Nürnb. 1734 bis 1747 8.; 2. Grundsätze des R. H. R. Praxis, Frkf. 1743 8. — Joh. Steph. Pütter († 1807): Conspectus rei judiciariae Imperii, sigillatim jurium et praxeos amborum supremorum Imp. tribunalium, Gotting. 1748 4., dann umgearbeitet unter dem Titel „Introductio in rem judiciariam Imperii", ibid. 1752 4., und als „Nova epitome processus Imp.", ibid. 1757, 1786 8. — Fr. Guil. Tafinger († 1777): Institutiones jurisprudentiae camer., Tüb. 1754, multo auct. 1775 8. — Joh. Ulr. de Cramer († 1772): Systema processus Imp., P. I Wetzl. 1764, P. II Frf. et Ulm. 1764, P. III ibid. 1766, P. IV Ulm., Frf. et Lips. 1767 4. — F. H. E. v. Selchow (†1795): Einleitung in den R.H.R.Proceß, 3 Bde, Lemgo 1778—1781 4. — Vinc. Hanzely: 1. Anleitung zur neuesten Reichshofraths-Praxis, 2 Bde, Frkf. u. Leipz. 1784 8; 2. Grundriß des reichshofräthlichen Verfahrens, 3 Thle, Stuttg. 1786 8. — W. Fr. A. Danz: Grundsätze des reichsgerichtlichen Processes, Stutt. 1795 8. — G. H. von Berg: Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis, Gött. 1797 8.

21) Nach Jahreszahlen läßt sich die eingetretene Veränderung freilich nicht bestimmen; das oben gefällte Urtheil paßt bereits auf manche der in den Noten 19 und 20 genannten Schriften, doch war der Uebergang von der gründlicheren Methode der früheren Zeit zu der späteren oberflächlichen so allmählich, daß es bedenklich erscheinen mußte, die einzelnen Arbeiten nach ihrem Character zu sondern. Auch hat die Unterscheidung einer mehr romanistischen und einer mehr germanistischen Richtung in dieser Zeit keine Bedeutung. Die einflußreicheren unter den Processualisten bis zum Ende des 18. sec. sind aber folgende: Joh. Brunnemann († 1672): Processus civilis et criminalis, eigentlich zwei von einander unabhängige Tractate (daher mitunter auch unter dem Titel „Tractatus duo de processu tum criminali inquisitorio tum civili", z. B. Francof. ad Viadr. 1697, 1714 4.), welche in den Ausgaben meist zu gesondertem Vertriebe eingerichtet sind, der civilprocessualische unter dem Specialtitel: Tractatus juridicus de processu fori legitime instituendo et abbreviando ex jure communi, ordinationibus judiciorum et nuperrimo

verloren bei dieser Gelegenheit auch die früheren Gegensätze ihre Schärfe; es bildete sich eine gemeine Meinung, welche zu einem so großen Theil auf dem Einfluß der sächsischen Juristen beruhte,[21a]

recessu imperii, Lips. 1659, 1702, Frf. ad Viadr. 1666, 1691, 1697, 1704, Viteb. 1670, 1679, 1716 4., cum annot. Joh. Guil. Hofmann, Frf. ad Viadr. 1732, 1736, 1737 4., c. praef. C. Gottl. de Toll, ibid. 1747 4. — Lud. Günth. Martini († 1718): Commentarius forensis in ducis Sax. Georgii I. Elect. ordinationem processus judiciarii, quo singuli textus ex jure civili imp. rom. germ., canonico, saxonico, lusatiensi, bohemico, anhaltino, magdeburgico, halberstadiensi, marchico, brunsvicensi et luneburgico, megalopolitano ac lubecensi, nec non pomeranico, ut et ordinatione tribunalis vismariensis, aliisque legibus statutariis, potissimum francofurtensi ad Moenum explicantur, Dresd. 1676 4., Goslar. 1696 fol. — Christ. Lange († 1669): Isagoge ad processum juris civilis et Sax., c. Heroldi, Lips. 1682, Francof. 1685 4. — Joh. Chr. Coch († nach 1700): Praxis fori germanici, Lips. 1685 4. — Sam. Stryk († 1710): 1. Introductio ad praxin forensem caute instituendam, Witteb. 1699, 1704, 1711, 1714, 1726 4., c. medit. Joh. Fr. Hertelii, Jen. 1721 4.; 2. Collegium practicum in Samuelis Strykii ICti introductionem ad praxin forensem caute instituendam, Witteb. 1694 und (zugleich mit der Introductio) 1726 4. — Godofr. Boenigk († 1719): Practica practicata, hoc est, fundamenta processus civilis per definitiones, divisiones, praesupposita et axiomata succincte exposita, Hal. 1711, Frf. et Lips. 1717 4., ed. multo auctior, discursu praeliminari de optima jurisprudentiam practicam docendi methodo instructa a Dan. Nettelbladt, Hal. 1747 4. — Jac. Fr. Ludovici († 1723): Einleitung zum Civilproceß, Halle 1707, die 10. Ausgabe von Joh. Gerh. Schlitte 1732, 1744, 1750, 1768 4. — Mich. H. Gribner († 1734): Principia processus jud., Hal. 1714, 1716, 1719, 1728, 1733, 1769 8. — Gottfr. Barth († 1728): Hodegeta forensis, Lips. 1714, 1725, Hildburgh. 1753 4. — Joh. Gottfr. Schaumburg († 1746): Principia praxeos juridicae judiciariae, Jen. P. I. 1738, 1750, P. II. 1744, 1756, c. J. A. Reichardt 1769 et 1775, 1793, 1804 8. (Meditationes ad Schaumburgii principia ed. J. M. Renner, Jen. 1784 8.). — C. Gottl. Knorre († 1753): Anleitung zum gerichtlichen Proceß, Halle 1734 8. und öfter. — Jac. Fr. Seyfart († 1761): Teutscher Reichs-Proceß, Halle 1738, 1756 4. — Joh. G. Estor († 1773): Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, Gießen 1744 8. Frkf. und Leipz. 1752 4. — Joh. Andr. Hofmann († 1795): Teutsche Reichs-Praxis, 3 Thle, Frankf. 1765 8. — Dan. Nettelbladt († 1791): Versuch einer Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelehrtheit, Halle 1767, 1775, 1784 8. — Leop. Fr. Fredersdorf († 1814): Anweisung für angehende Justizbeamte und Unterrichter, 3 Bde, Lemgo 1772—1774. — Justus Claproth († 1805): 1. Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß, 2 Bde, Gött. 1779, 1786, 1787, ed. Willich 1816 8.; 2. Einleitung in sämmtliche summarische Processe, Gött. 1777, 1785, 1793, 1808, ed. Willich 1816 8. — Gottl. Euf. Oelßen († 1807): Anleitung zur gerichtlichen Praxis überhaupt und insbes. zum ordentlichen Civilproceß, Jena 1782, 1800 8. — (Sam. Gottfr. Lieckefett, † 1827): 1. Vollständige Erläuterung des gem. teutschen und sächsischen Processes, 4 Bde, Leipz. 1792—1794; 2. Vollst. Erläuterung sämmtlicher summ. Proceßarten, 3 Bde, Leipzig 1795—1796 8. — Wilh. Fr. Aug. Danz († 1803): 1. Grundsätze des ordentl. Processes, Stuttg. 1791, die 4. Ausg. umgearbeitet von Gönner, Stuttg. 1808, 1821 8.; 2. Grundsätze der summ. Processe, Stuttg. 1792, 3. Ausg. von Gönner, Stuttg. 1806 8.

21a) Der Einfluß der sächsischen Juristen beginnt freilich schon früher; Chil. König wurde schon von Justinus Gobler benutzt. Vgl. Muther a. a. O.

daß die dem sächsischen Proceß verbleibenden Eigenthümlichkeiten auf Rechnung seiner particulären Natur geschrieben werden konnten. Im Uebrigen aber war der Wissenschaft dieser Zeit weder die Befestigung, noch die Ausbildung des gemeinen Proceßrechts beschieden, und wenn irgendwo noch sich Spuren eines gesunderen Lebens zeigten, so entsprangen sie aus Studien, welche der practischen Anwendung des Rechts[22] oder anderweiten Rechtsdisciplinen[23] zugewandt waren.

In diesem Zustande der Versunkenheit befand sich die Litteratur des Processes, als auch sie von dem Umschwung ergriffen wurde, welcher sich in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts des geistigen Lebens der deutschen Nation bemächtigt hatte. Die Proceßtheorie der damaligen Zeit kannte keine höhere Aufgabe, als die, eine verständliche und übersichtliche Anweisung für die Proceßführung zu geben, und dieselbe dem specielleren Zweck, dem sie dienen sollte, dem academischen Unterricht oder der practischen Anleitung, möglichst anzupassen. Wie das Material selbst, so hatten auch die Definitionen, die Eintheilungen und bis zu einem gewissen Maaß sogar das System ihre feste, aus der Vorzeit überlieferte Gestalt. Das Wiedererwachen des wissenschaftlichen Geistes nun that sich zuerst darin kund, daß man den Grundgedanken des Proceßrechts nachforschte, und dieselben zur Belebung und Erklärung des todten Materials zu verwerthen suchte.[24] Dabei ging man freilich insofern fehl, als man das s. g. **Naturrecht** zu Hülfe nahm, und ihm als dem Höheren das positive Recht unterordnete.

(Note 17a) §. 28, 29, wo sich noch andere Beispiele finden. Größere Verhältnisse aber nahm jener Einfluß erst seit der Mitte des 17. Jahrhunderts an, und namentlich gab die große Auctorität Carpzov's hierfür den Anstoß.

22) Ueber die (der römischen Rechtswissenschaft im Ganzen angehörenden) Schriften der s. g. Practiker dieser Zeit vgl. **Puchta**: Pandekten §. 6a Note e.

23) So enthält z. B. **Just. Henn. Boehmer** († 1749): Jus ecclesiasticum protestantium, V tom. Hal. 1714, ed. 5. 1756 4. in den lib. I. II. gründliche Untersuchungen über den canonischen Proceß.

24) Diese Richtung wurde besonders vertreten von **N. Th. von Gönner** († 1827): 1. Juristische Abhandlungen, 2 Bde, Bamb. 1795 und 1799, auch unter dem Titel: Erörterungen über den gemeinen Proceß (zu Danz: Grundsätze) Bamb. 1799; 2. Handbuch des deutschen gemeinen Processes, 4 Bde, Erl. 1801, 1804. — **Carl von Grolmann** († 1829): Theorie des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Gießen 1800, 5. Ausg. 1826. — **Ludw. Harscher von Almendingen** († 1827): Metaphysik des Civilprocesses, I. Bd, Gießen und Wetzlar 1806. — **C. C. von Gaisberg**: Allgemeine Vorkenntnisse zur Theorie des Civilprocesses, Stuttg. 1820. — **C. J. A. Mittermaier** († 1867): Der gemeine deutsche bürgerliche Proceß, Beitr. 1—4, Bonn 1820—1826, 2te Aufl. 1827—1840, 3te Aufl. des ersten Beitr. 1838.

Allein dieses Verfahren war nicht neu; neu war nur, daß man zu bestimmten Principien durchdrang und mit deren Benutzung Ernst machte. Gerade die größere Energie und Tüchtigkeit aber, die man hierbei enfaltete, mußte zur Berichtigung des eingenommenen falschen Standpuncts führen. In Wirklichkeit war zwar das Naturrecht kaum etwas Anderes, als eine Abstraction des positiven Rechts; dennoch wurde es dadurch gefährlich, daß es dem subjectiven Ermessen des Einzelnen freieren Spielraum ließ, und mit den Singularitäten, welche das positive Recht zu enthalten schien, geringe Umstände machte. So brachte es denn auch in das Proceßrecht Verwirrung, indem es die bestehende Praxis erschütterte, ohne doch im Einzelnen selbst zu sicheren Resultaten zu gelangen. Ihm trat daher eine andere Richtung entgegen, welche als die wahre und alleinige Grundlage des Rechts die Gesetzgebung betrachtete, und von dieser Vorstellung ausgehend, sich mit frischem Eifer wieder den lange vernachlässigten Quellen, dem römischen Recht, dem canonischen Recht und den Reichsgesetzen zuwandte.[25] Indeß zu einer Versöhnung von Theorie und Praxis brachte es diese Richtung keineswegs. Selbst noch in den Anschauungen des Naturrechts befangen, vermochte sie den rechten Sinn der Quellen nicht

---

25) Hierher gehören: Chr. Martin († 1857): Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, Gött. 1800, 12. Aufl. Heidelb. 1838, 13. durch litterarische Notizen reichlich vermehrte, von Th. Martin besorgte Aufl. Leipz. und Heidelb. 1862, und dazu: K. E. Morstadt († 1850): Materialcritik von Martin's C. Pr. Lehrbuch, Heidelb. 1820, 1828; Joh. Casp. Gensler († 1821): 1. Handbuch zu Martin's Lehrbuch, Jena 1814, 1821; 2. Vollständiger Commentar über Martin's C. Pr. Lehrbuch, herausgegeben, revidirt und glossirt von K. E. Morstadt, 2 Bde, Heidelb. 1825, revidirt und herausgegeben von C. J. Guyet (rechtmäßige Originalausgabe) Heidelb. 1825 fol. — Chr. Martin: Vorlesungen über die Theorie des deutschen gem. bürgerl. Pr., unter des Verf. Mitwirkung herausgegeben von Th. Martin, 2 Bde, Leipz. 1855—1857. — Just. Tim. Balth. Linde († 1870): 1. Abhandlungen aus dem gem. deutschen C. Pr., 2 Bde, Bonn 1823—1829; 2. Lehrbuch des gem. deutschen C. Pr., Bonn 1825, 7. Aufl. 1850; 3. Handbuch des deutschen bürgerlichen Processes, bis jetzt erschienen Bd IV. Gießen 1831, Bd V. ebend. 1840. Zu dem Lehrbuch: C. Sintenis: Erläuterungen über verschiedene Lehren des C. Pr., Gießen 1839; C. Brackenhoeft († 1861): Erörterungen über die Materien des allgemeinen Theils von Linde's Lehrbuch des gem. deutschen C. Pr., Leipz. 1842; K. E. Morstadt: Gem. deutscher C. Pr. Schlüssel, pract. crit. Commentar über Linde's C. Pr. Lehrbuch, Heidelb. 1847. — C. Fr. Reinhardt: Der gem. deutsche ordentliche Proceß, 2 Thle, Stuttg. 1823—1824. — Andr. Chr. Jos. Schmid: Handbuch des gem. deutschen C. Pr., 3 Bde, Kiel 1843—1845. — Auch die meisten der processualischen Aufsätze in Martin und Walch's Magazin für den gemeinen deutschen bürgerl. Pr., in dem Archiv für civilistische Praxis, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß und F. A. von Zu Rhein's Jahrbüchern des gemeinen bürgerlichen Processes gehören dieser Richtung an.

zu erschließen, und da sie sich zudem auf das geschriebene Recht beschränkte, und alle daraus nicht abzuleitenden Institute zu verwerfen geneigt war, so erweiterte sie den vorhandenen Riß, statt ihn zu heilen. Erst die historisch-organische Auffassung des Rechts gab den Schlüssel zu einer gründlicheren Lösung. Ausgehend von der Thatsache, daß das Recht wesentlich einen nationalen Character hat, und aus dem sittlichen Bewußtsein des Volks, dem es angehört, unter Vermittelung von Gewohnheit, Gesetzgebung und Wissenschaft herauswächst, stellte sie der Proceßtheorie die Aufgabe, die geschichtlichen Wurzeln des heutigen Processes nachzuweisen, seinen Entwickelungsgang zu verfolgen und darnach die Gestalt zu bestimmen, die er in der Gegenwart angenommen habe. Bei Lösung dieser Aufgabe mußten allerdings vorzugsweise seine gesetzlichen Grundlagen berücksichtigt werden. Aber einestheils war deren nunmehrige Behandlung von der früheren doch sehr verschieden, wie namentlich der justinianeische Proceß ein ganz anderes Ansehen dadurch gewann, daß er nicht mehr als eine willführliche Schöpfung der Gesetzgebung, sondern als der Abschluß einer durch Jahrhunderte fortgehenden stetigen Entwickelung erschien.[26] Anderntheils kamen nun auch sonstige Elemente zu ihrem Recht. Eine genauere Untersuchung des vor der Reception des R. R. in Deutschland geltenden Processes[27] ergab, daß derselbe

---

26) Bearbeitungen des röm. Processes: Sigm. Wilh. Zimmern († 1836): Der römische C. Pr. in geschichtlicher Entwickelung bis auf Justinian (dritter Band der Gesch. des röm. Pr. R.), Heidelb. 1829. — Aug. Bethmann-Hollweg: 1. Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden Römischen Reichs (erster und einziger Band des Handbuchs des Civilprocesses) Bonn 1834; 2. Der römische Civilproceß, Bd I—III (die drei ersten Bände des bis dahin in 4 Bänden erschienenen „Civilproceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwickelung"), Bonn 1864—1866. — G. Fr. Puchta († 1846): Cursus der Institutionen, II. Bandes 3. Buch (Gesch. des röm. C. Pr.), Leipzig 1842, die folgenden, von Rudorff besorgten Ausg. 1846, 1851, 1853, 1856, 1865. — Fr. Ludw. Keller († 1860): Der römische Civilproceß und die Actionen, Leipz. 1852, 1855, 1863. — Ad. Fr. Rudorff: Römische Rechtsgeschichte, II. Bandes 1. Kapitel (Civilrechtspflege) Leipz. 1857—1859. — Außerdem eine Menge specieller Arbeiten.

27) Bearbeitungen des alt-deutschen Processes: K. A. Rogge († 1827): Ueber das Gerichtswesen der Germanen, Halle 1820. — G. L. Maurer: Geschichte des altgermanischen und namentlich altbairischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens, Heidelb. 1824 gr. 4. — J. W. C. Steiner: Ueber das altdeutsche, insbes. altbairische Gerichtswesen, Aschaffenburg 1824. — Max Frh. v. Freyberg: Ueber das altdeutsche öffentliche Gerichtsverfahren, Landshut 1824. — A. Buchner: Das öffentliche Gerichtsverfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtsvorfallenheiten nach altdeutscher, vorzüglich altbairischer Rechtspflege, Erlang. 1825. — Jacob Grimm († 1863): Deutsche Rechtsalterthümer (Buch 6. S. 745—937), Gött. 1828. — Fr. W. Unger: Die altdeutsche Gerichtsverfassung, Gött. 1842. — C. Rob. Sachße: Das Beweisverfahren nach deutschem

noch heut zu Tage in zahlreichen Einrichtungen fortlebe, welche, wenn sie gleich ihre Erhaltung vielfach der Gesetzgebung verdanken, so doch, wie der altdeutsche Proceß überhaupt, ihren Ursprung in Sitte und Gewohnheit haben. Ferner aber wurde festgestellt, daß der römische Proceß nicht ohne bedeutende Modificationen nach Deutschland übergegangen, daß diese in der italienischen Doctrin ausgebildet, von den deutschen Juristen adoptirt und seitdem constant in den Gerichten angewandt worden seien, daß nicht minder der so modificirte Proceß auch in Deutschland wieder mannichfache Veränderungen durch Doctrin und Praxis erfahren habe.[28] Obgleich die aus dieser Entwickelung hervorgegangenen Sätze in factischer Geltung standen, so war doch ihre rechtliche Auctorität von der bisherigen Theorie bestritten worden, die darin unzweifelhaft Recht hatte, daß sie irrige Auffassungen und Folgerungen einer besseren Erkenntniß nicht präjudiciren lassen wollte, mit Unrecht aber in allen Abweichungen vom R. R. nichts als Irrthümer sah. Nach den neueren Forschungen stellten sich dieselben vielmehr zum großen Theil als Bildungen des deutschen Rechtsbewußtseins dar, für welche, wie oben bereits hervorgehoben wurde, die Juristen nur das Organ waren, und somit als die Art von Gewohnheitsrecht, der man den speciellen Namen „Juristenrecht" beigelegt hat.

Indem in solcher Weise der Quellenkreis vervollständigt wurde, erndtete zugleich das System des Processes die reichsten Früchte. Der römische Proceß lehrte den Zusammenhang der Proceßformen mit dem Wesen der Rechte; die Vergleichung des

Recht, Erlangen 1855. — H. Siegel: Gesch. des deutschen Gerichtsverfahrens, Gießen. Bd. I. 1857. — Alb. Hänel: Das Beweissystem des Sachsenspiegels, Leipz. 1858. — Fr. Jul. Kühns: Geschichte der Gerichtsverfassung und des Processes in der Mark Brandenburg vom 10. bis zum Ablaufe des 15. Jahrhunderts, 2 Bde, Berlin 1865—1867. — Rud. Sohm: Der Proceß der Lex Salica, Weim. 1867. — Aug. von Bethmann-Hollweg: Der germanisch-romanische Civilproceß im Mittelalter, I. Band vom fünften bis achten Jahrhundert (vierter Band des „Civilproceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwickelung"), Bonn 1868.

28) Diese Richtung verfolgen einzelne vortreffliche Aufsätze und Monographien, z. B. Leop. Goldschmidt: Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen C. Pr., Frankf. 1818. — Aug. v. Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Theile der Theorie des C. Pr., Berlin 1827. — J. A. Mich. Albrecht: Die Exceptionen des gemeinen teutschen C. Pr., München 1835. — Hans Karl Briegleb: Geschichte des Executiv-Processes, 2 Thle, Stuttg. 1839, 2. Aufl. 1845. — Jul. Wilh. Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht, Gött. 1844; Die Lehre von dem Beweisurtheil, Gött. 1848. — Th. Muther: Die Gewissensvertretung, Erl. 1860. — Ad. Wach: Der Arrestproceß in seiner genetischen Entwickelung, 1. Theil: Der italienische Arrestproceß, Leipz. 1868.

altdeutschen Gerichtswesens machte auf den Einfluß der Nationalität und der Verfassung aufmerksam, und da die geschichtlichen Untersuchungen nachwiesen, daß sich das gesammte processualische Material unter Anregung des practischen Bedürfnisses allmählich aus einem einfachen Kern herausgebildet habe, so machten sie es der systematischen Darstellung möglich, die einzelnen Vorschriften auf ihr gemeinsames Princip zurückzuführen, und dieselben als Consequenzen dieses Princips in geordneter Gliederung zu einem Ganzen zusammenzuschließen.[29]

Und hiermit ist denn die Theorie des Processes eine Wissenschaft im wahren Sinne des Wortes geworden, gerichtet auf ein geschichtliches Object, das concret gestaltet und doch geistig, mannichfaltig und doch eins ist, in den Formen seiner Erscheinung wechselt und doch in seinem Wesen beharrt, welches sonach als ein lebendiger Organismus erkannt und wissenschaftlich reproducirt werden will.

---

29) Den Character von systematischen Grundrissen zu Vorträgen über den C. Pr. im Geist der historischen Methode haben: Fr. Bergmann: Grundriß einer Theorie des deutschen C. Pr. (statt Manuscripts), Gött. 1827 (mit kurzem, sehr präcis gefaßtem Text). — C. Fr. Mühlenbruch: Entwurf des gemeinrechtlichen und preußischen C. Pr., Halle 1827, und ohne Rücksicht auf den preußischen Pr., Halle 1840 (mit beigefügten Anmerkungen, Quellen- und Litteraturbelegen). — Aug. v. Bethmann-Hollweg: Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen und preußischen Civilproceß, Berlin 1821, 1825, Bonn 1834 (mit einer Vorrede zur Einleitung in die Civilpraxis). — Ad. Aug. Fr. Rudorff: Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen und preußischen C. Pr., Berlin 1837 (mit reicher Litteratur und Quellenauszügen). — Ed. Böcking: Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen deutschen Civilproceß, Bonn 1852. — In die ausführlicheren Darstellungen des C. Pr. haben mit mehr oder minder umfassendem Plan und Material die historische Methode eingeführt: Aug. Wilh. Heffter: Institutionen des römischen und teutschen C. Pr., Bonn 1825, umgearbeitet unter dem Titel: System des römischen und teutschen Proceßrechts, Bonn 1843. — Hier. Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen C. Pr., mit Beziehung auf Martin's Lehrbuch, München 1828, 7. Aufl. 1842, 8te in selbständiger Ordnung bearbeite Auflage 1856. — Rob. Osterloh: Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen C. Pr., 2 Bde, Leipz. 1856. — Und sodann nach dem Erscheinen des vorliegenden Systems (Leipz. 1. Aufl. 1854—1861, 2. Aufl. 1864) und an dasselbe sich anlehnend: Achilles Renaud: Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts mit Rücksicht auf die neueren Civilgesetzgebungen, Leipz. und Heidelb. 1867 (zur Benutzung neben den Vorlesungen des Verf. bestimmt, und wegen der fortlaufenden Verweisungen auf die neueren Proceßgesetze nicht ohne Verdienst). — Wilh. Endemann: Das deutsche Civilproceßrecht, 2 Bde, Heidelb. 1868 (ein Buch, welches nicht ohne schwere Einbuße an Klarheit, Bestimmtheit und Gründlichkeit von dem Gedanken ausgeht, daß „den inneren Ideen gegenüber, welche die Wissenschaft zu erkennen bemüht sein solle, selbst das Gesetz, das vergangene, wie das heute geltende, keine andere Auctorität als diejenige habe, welche es als Ausdruck jener Ideen, als jeweilige Stufe der Entwickelung besitze", treffend characterisirt und critisirt von Bülow in der Krit. Vierteljahrsschrift XII. 1).

System.

§. 4.

Daß unter den aus den verschiedenen Rechtsquellen hervorgegangenen Proceßregeln ein innerer Zusammenhang bestehe, ist von Allen, welche den Proceß bearbeitet haben, bewußt oder unbewußt unterstellt worden. Der schwierigeren Aufgabe aber, diesen Zusammenhang nachzuweisen und auf ein einfaches Princip zurückzuführen, haben sich wenigstens die älteren Juristen nur sehr unvollkommen unterzogen. Da sie bei der Ordnung des Stoffes kein höheres Ziel vor Augen haben, als die leichtere Uebersicht und Aneignung desselben, so lassen sie sich auch nur von äußerlichen Rücksichten leiten, wenn sie, wie die Meisten es thun, die Voraussetzungen und den Gang des Verfahrens sondern, und unter diesen beiden Hauptrubriken das Einzelne titelweise zusammenstellen. Erst in neuerer Zeit hat hierin ein Fortschritt Statt gefunden. Man ist sich über die wissenschaftliche Bedeutung des Systems, welche jenes practische Ziel nicht aus-, sondern in sich schließt, offenbar klarer geworden; man hat erkannt, daß es darauf ankomme, an der Hand der Quellen überall die Bildungskeime, deren Wachsthum und Verzweigung nachzuweisen, und auf diesem Wege processualische Institute zu construiren, wo man früher nur Aggregate von fertigen Rechtssätzen gekannt hatte. Es ist damit in der That die Methode gefunden, welche, auf den Proceß im Ganzen angewandt, zu dem richtigen System hinführt. Nichtsdestoweniger herrscht in den neueren systematischen Versuchen immer noch einige Willkühr. Gewöhnlich legen dieselben den Gegensatz von Subject und Object zu Grunde, und verstehen unter den Subjecten des Processes den Richter und die Parteien, unter den Objecten die richterlichen und Parteihandlungen, ohne sich klar zu machen, daß die processualischen Handlungen in keinem andern Sinne Objecte des Proceßrechts sind, wie Richter und Parteien, und daß sie unmöglich Objecte eines Processes, d. i. eines wirklichen Verfahrens genannt werden können, da sie vielmehr in ihrer Aufeinanderfolge das Verfahren bilden. Ansätze zu einer andern Auffassung finden sich allerdings in den Systemen Mühlenbruch's und Heffter's, jedoch ohne festen Ausgangspunct und ohne consequente Durchbildung, und es wird daher einem neuen Versuch, welcher die bisherigen

Mängel zu vermeiden strebt, gewiß nicht die äußere, und, falls er sie wirklich vermeidet, auch selbst nicht die innere Berechtigung abzusprechen sein.

Der vorliegende Versuch nun führt die Betrachtungen weiter, welche oben in §. 1. über die Aufgabe des Civilprocesses angestellt worden sind. Dort wurde der Civilproceß als die Lehre von der gerichtlichen Geltendmachung verletzter Privatrechte bestimmt, und darin liegt,

1. daß er von der Vorstellung einer **Rechtsverletzung** ausgeht, mithin eine wirkliche oder eingebildete Rechtsverletzung unterstellt. Freilich gibt nur die wirkliche Rechtsverletzung einen Anspruch auf gerichtliche Hülfe; allein ein Streitverhältniß entsteht auch im Falle der vermeintlichen Rechtsverletzung, und ein Anspruch auf gerichtliche Hülfe wird also auch in diesem Falle erhoben werden. Es ist daher absolut nothwendig, daß vor der Gewährung der erbetenen Hülfe das Streitverhältniß (actio) zur gerichtlichen Entscheidung gebracht, oder, wie man statt dessen sagen kann, in einen Rechtsstreit (judicium) umgewandelt werde. Aus diesem Grundgedanken ergeben sich nicht nur gewisse allgemeine Sätze über die Stellung der Parteien zu einander, sondern es lassen sich daraus auch die Parteihandlungen ableiten, welche in abstracto geeignet sind, die gerichtliche Entscheidung vorzubereiten. Indem aber der Civilproceß

2. unter der Hülfe, die er dem Verletzten in Aussicht stellt, eine **gerichtliche Hülfe** versteht, setzt er den Parteien den Träger der Gerichtsbarkeit, d. i. das Staatsoberhaupt gegenüber, welches die Gerichtsbarkeit durch die Gerichte als die dazu verordneten Behörden ausübt. An sich nun ist die Gerichtsbarkeit eine über den Parteien stehende Macht. Jedoch fordert die Gerechtigkeit, daß sie in Anwendung auf streitige Privatrechte nur in Folge der Anträge der Betheiligten thätig werde, und wie dieses Postulat zunächst schon den Character ihrer Thätigkeit im Allgemeinen bestimmt, so macht es sich insbesondere auch in ihren einzelnen Functionen bemerkbar. Haben die Gerichte immer nur über Anträge der Parteien zu erkennen, so kann ihre Aufgabe keine andere sein, als unbegründete Anträge zurückzuweisen, begründeten dagegen Folge zu geben. So mannichfaltig daher die Parteianträge sind, eben so mannichfaltig müssen die gerichtlichen Handlungen sein.

3. Als bloß mögliche gedacht aber stehen die Partei- und richterlichen Handlungen an sich in keiner realen Beziehung zu einander, und es fragt sich also, unter welchen Bedingungen und nach welchem Gesetz sie sich zu wirklichen Processen zusammenfügen? Da nun alle concrete Gestaltung positiv durch die Homogeneität des nach Gestaltung ringenden Stoffes, und negativ durch die Möglichkeit zeitlicher und räumlicher Entfaltung bedingt ist, so kann auch das processualische Verfahren so wenig ohne Einheit des ihm zu Grunde liegenden Streitverhältnisses, wie ohne rechtlich geeignete zeitliche und örtliche Beziehungen gedacht werden. Das Gesetz seiner Gestaltung selbst aber muß regelmäßig dies sein, daß die aus dem streitigen Verhältniß sich ergebenden Handlungen nach der Art, wie die eine die andere bedingt, in zeitlicher Folge auseinandergehen, und doch auch wieder, sei es in ihrer Gesammtheit oder so weit sie in gleicher Weise einem relativ nächsten Zweck dienstbar sind, durch zeitliche Schranken zusammengehalten werden.

So zerlegt sich das Ganze in drei Abschnitte:

I. die Parteien und die Parteihandlungen,

II. die Gerichtsbarkeit und die gerichtlichen Handlungen,

III. die Form des Verfahrens.

Erstes Buch.

Von den Parteien und den Parteihandlungen.

Von dem Parteiverhältniß.

§. 5.

Aus der Verletzung eines Privatrechts entsteht ein Streitverhältniß, welches von den Römern „actio“ (im materiellen Sinn) genannt wird. Processualisch aber ist der (materielle) Begriff der actio weiter zu fassen. Da sich das Vorhandensein von Recht und Verletzung in formell bindender Weise nur durch ein gerichtliches Verfahren feststellen läßt, so wird im Proceß, bevor diese Feststellung erfolgt ist, unter actio der aus einer behaupteten, d. i. wirklichen oder vermeintlichen Rechtsverletzung abgeleitete Anspruch verstanden. Die actio in diesem Sinn nun hat einen Rechtsstreit, „judicium,“ nicht nothwendig zur Folge, wohl aber ist sie dessen nothwendige Voraussetzung; es ist ein judicium nicht denkbar, ohne daß durch dasselbe eine actio zur Geltung gebracht werden soll. Eben deshalb muß die actio dem judicium Ziel und Inhalt geben, und dies zeigt sich in folgenden Consequenzen.

1. Wie die actio nicht gedacht werden kann ohne zwei Personen, eine berechtigte und eine durch die Rechtsverletzung verpflichtete, so ist auch ein judicium nicht möglich ohne zwei Streittheile, einen Kläger und einen Verklagten,[1] deren Rollen einander so entschieden widerstreiten, daß sie weder unmittelbar noch mittelbar in einer Person vereinigt sein können.[2] Die eine Partei kann für die andere nicht auctoritatem interponiren,[3] und noch weniger sie vertreten. Zwischen paterfamilias und filius-

---

1) L. 62 D. de jud. (5, 1): „Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit. Esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessoris fungatur.“

2) L. 4. §. 6, 7 D. fin. regund. (10, 1).

3) Gai. I. 184, Ulp. XI. 24, §. 3. I. de auct. tut. (1, 21).

familias ist (wenigstens der Regel nach) ein Proceß nicht möglich.[4] Und sollte nach der Litis Contestation die eine Partei in die patria potestas oder Erbschaft der andern Partei eintreten, so muß der Proceß (jedoch im Fall des Erbgangs nur im Verhältniß der Erbportion) von selbst erlöschen.[4a]

2. Die actio ist ein obligationsähnlicher Anspruch, welcher auf Gewährung des rechtswidrig Entzogenen oder Vorenthaltenen gerichtet ist. Wenn sie daher in judicium deducirt wird, so handelt es sich für den Kläger um Herbeiführung eines andern Zustandes, als der gegebene ist, während dem Verklagten lediglich die Aufgabe gesteckt ist, das, was er hat, zu behaupten, und das erbetene richterliche Einschreiten abzuwenden. Daraus folgt, daß der Verklagte sich insofern in einer günstigeren Lage befindet, als er des Klägers Beweis abwarten kann, und selbst vorläufig vom Beweis frei ist,[5] daß dagegen der Kläger den Vortheil hat, niemals verurtheilt, sondern höchstens mit seiner Klage abgewiesen werden zu können. Eine eigenthümliche Erscheinung bieten jedoch in dieser Beziehung die judicia duplicia dar. Ist eine Theilungsklage oder ein interdictum retinendae possessionis angestellt worden, so werden beide Parteien trotz der materiellen Einheit des Rechtsstreits als Kläger und Verklagte betrachtet, und beide können daher verurtheilt werden.[6] Es erklärt sich dies aus der besonderen Bestimmung jener Klagen. Die Theilungsklagen bezwecken principaliter Auseinandersetzung der bestehenden Gemeinschaft, und

4) Gai. IV. 78, l. 4, 11 D. de jud. (5, 1), l. 7 D. de O. et A. (44, 7), l. 16 D. de furt. (47, 2), l. 7 §. 3 D. de inj. (47, 10), l. 3. C. de in jus. voc. (2, 2). Ausnahmen finden Statt, 1. wenn es sich um Rechte handelt, welche sich auf das peculium castrense, quasi castrense oder adventicium irregulare beziehen — l. 4. D. de jud. (5, 1), l. 53 §. 4—7 D. de furt. (47, 2) —, oder 2. um die patria potestas selbst und die Alimentationspflicht — l. 1 §. 16, l. 2, 3 pr., l. 5 pr. §. 1 D. de agn. et al. lib. (25, 3), l. 8 D. de prob. (22, 3), l. 1 §. 4. D. de exhib. lib. (43, 30), l. 1. C. de patr. pot. (8, 47) —, oder 3. um die Emancipation — l. 32, 33 D. de adopt. (1, 7), l. 1 §. 2 D. ad S. C. Maced. (14, 6), l. 92 D. de cond. et dem. (35, 1), l. 12 C. de episc. aud. (1, 4) —, oder 4. um die Exhibition der vom Vater zurückgehaltenen Ehefrau — c. 11 X. de spons. (4, 1) —, oder 5. um die Erzwingung des Heirathsconsenses — l. 19 D. de ritu nupt. (23, 2) —.

4a) L. 11. D. de jud. (5, 1), l. 33 D. de fidejuss. (46, 1).

5) Dies ist der Sinn der allgemeiner lautenden l. 125 D. de R. J. (50, 17): „Favorabiliores sunt partes rei quam actoris."

6) L. 13 D. de jud. (5, 1), l. 10 D. fin. reg. (10, 1), l. 2 §. 3, l. 44 §. 4 D. fam. erc. (10, 2), l. 2 §. 1 D. comm. div. (10, 3), l. 3 §. 1. D. uti poss. (43, 17), l. 37 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), §. 7 I. de interd. (4, 15). Ebenso ist jeder Theil rücksichtlich des jusjurandum calumniae — l. 44 §. 4 D. fam. erc. (10, 2), Gai. IV. §. 172, 174 — und der Cautionen — l. 15 §. 1 D. de proc. (3, 3) — Kläger und Verklagter zugleich.

eine Auseinandersetzung läßt sich nicht einseitig zu Gunsten eines der socii bewirken; denn entweder muß Jedem ein reeller Theil, oder es muß Einem das Ganze gegen Entschädigung der Uebrigen adjudicirt werden. Die interdicta retinendae possessionis aber sollen die Frage zur Entscheidung bringen, welche Partei besitze („uter possideat“), und wenn sich daher ergibt, daß der Verklagte, nicht der Kläger gegenwärtiger Besitzer ist, so wird der Kläger abgewiesen, und zugleich der Verklagte als Besitzer anerkannt. Gleichwohl ist auch bei diesen Klagen die Vermischung der Parteirollen keine durchgreifende; handelt es sich um die Regulirung des Beweises, und bei den judicia divisoria insbesondere um die Entscheidung der Vorfrage, ob überhaupt die Auseinandersetzung vorzunehmen sei, so gilt als Kläger derjenige, welcher zuerst geklagt hat, und wenn dies von beiden zu gleicher Zeit geschehen, der, welchen das Loos dazu bestimmt.[7] Dagegen findet keine Ausnahme von den aufgestellten Regeln Statt, wenn der Verklagte der gegen ihn erhobenen Klage eine Widerklage entgegensetzt. In diesem Fall entsteht ein selbständiges judicium, in welchem der zuerst Verklagte als Kläger, der ursprüngliche Kläger als Verklagter fungirt, ohne daß daran durch die unter Umständen statthafte äußere Verbindung dieses judicium mit dem durch die Klage hervorgerufenen materiell das Geringste geändert wird.

3. Endlich zeigt sich der Einfluß der actio auf das judicium auch darin, daß wie die actio immer ein Verhältniß von Einzelnen zu Einzelnen ist, so auch im judicium nur eine Person die Rolle des Klägers und nur eine die des Verklagten führen kann. Eine Gemeinschaft des Rechtsstreits wäre nur denkbar, wenn es eine Gemeinschaft des Klagrechts gäbe, und eine solche gibt es nicht. Denn wo gemeinschaftliche Rechte, d. h. Rechte an Quoten derselben Sache in Frage stehen, wird in Betreff jeder Quote eine besondere Klage verliehen; aus untheilbaren Rechten entspringen, wenn mehrere Berechtigte vorhanden sind, eben so viele actiones in solidum; von mehreren alternativ berechtigten Gläubigern (correi credendi) kann immer nur einer klagen, und von mehreren alternativ verpflichteten Schuldnern (correi debendi) nur einer belangt werden. In einer besonderen Weise machen aber auch hier die Theilungsklagen eine Ausnahme. Stehen in einer Rechtsgemeinschaft mehr als zwei Personen, so kann sich zwar die Aus-

7) L. 13, 14 D. de jud., L. 2 §. 1 D. comm. div. (10, 3).

einandersetzung auf zwei beschränken,[8] aber nothwendig ist dies nicht, auch die übrigen können daran Theil nehmen,[9] ohne daß deshalb an eine Mehrheit von Processen zu denken ist;[10] alle sind dann wiederum Kläger und Verklagte, jeder verfolgt sein eigenes Interesse allen andern gegenüber, und nur nach den unter 2. hervorgehobenen Beziehungen tritt eine Unterscheidung der Parteirollen ein. In allen anderen Fällen dagegen beruht das ausnahmsweise gestattete gemeinsame Auftreten von mehreren Klägern oder mehreren Verklagten auf einer rein formalen Verbindung verschiedener Processe zu einem Verfahren,[11] während wenn ein Dritter in die Proceßrolle einer der streitenden Parteien succedirt (successorische Theilnahme), oder die Sache derselben unterstützt (accessorische Theilnahme), oder die Führung ihres Processes übernimmt (processualische Vertretung), eben so wenig eine Mehrheit von Processen, als eine Vervielfältigung der Proceßrollen Statt findet. Von diesen Verhältnissen aber muß in den folgenden §§. noch besonders die Rede sein.

Von der successorischen Theilnahme Dritter an einem anhängigen Proceß (reassumtio litis).*

§. 6.

In die Proceßrolle einer Partei können Dritte sowohl durch Universal- als durch Singularsuccession eintreten (translatio judicii).

1. Urtheile, welche gegen eine verstorbene Partei erlassen, und Auflagen, welche einer solchen gemacht werden, sind nichtig;[1]

---

8) L. 2 §. 4 D. fam. erc. (10, 2), l. 8. pr. D. comm. div. (10, 3). Selbstverständlich ist hierbei, daß sich die socii auf die ihnen zugehörigen Quoten zu beschränken haben — l. 27. D. fam. erc., l. 17 C. eod. (3, 36) —. Vgl. Zimmermann im Archiv für civil. Pr. XXXIV. 9, 14.

9) L. 4 §. 8. D. fin. reg. (10, 1), l. 43 D. fam. erc. (10, 2), l. 29 §. 1 D. comm. div. (10, 3).

10) Daß insbesondere zur Zeit des Formularprocesses auch nur eine Formel gegeben worden sei, beweist Zimmermann a. a. O. XXXIV. S. 221 fg.

11) Hierher gehören die s. g. Principal-Intervention und das Litis Consortium, wovon unten in den §. 63, 64 im Zusammenhang mit der objectiven Klagencumulation und der Widerklage gehandelt werden wird.

* Mauritius: Diss. de citatione quam vocant ad reassumendum, Tub. 1640 (auch in seinen Dissertationes et opuscula, ed. Herth, Argent. 1724 p. 460 sequ.). Wernher: Diss. de reassumtione litis, Viteb. 1732. Schroeter: Diss. de litis reassumtione, Erl. 1750, 1753.

1) L. 2 pr. D. quae sent. sine appell. (49, 8). „Paulus respondit, eum qui in rebus humanis non fuit sententiae dictae tempore, inefficaciter condemnatum videri." Vgl. auch l. 2 §. 1. D. eod., l. 74 §. 2 D. de jud. (5, 1),

dagegen gehen anhängige Processe vom Moment der Litis Contestation an gleich andern Rechtsverhältnissen ipso jure auf die Erben über.[2] Damit aber ein Rechtsstreit von dem Erben und gegen denselben fortgeführt werden könne, ist ein Zwischenverfahren erforderlich, welches entweder durch einen auf Zulassung im Proceß gestellten Antrag des Erben (reassumtio litis), oder durch einen auf Zuziehung desselben gerichteten Antrag des Gegners (citatio ad reassumendum) einzuleiten ist,[3] und die Feststellung der Erbenqualität zum Zwecke hat. Ist der eingebrachte Antrag durch Darlegung der das Erbrecht bedingenden Thatsachen begründet, so wird er summarisch verhandelt, und durch ein besonderes Erkenntniß erledigt. Wird durch dieses der Erbe als solcher und folgeweise als Proceßpartei anerkannt („translatio judicii"),[4] so nimmt nun erst das Hauptverfahren, welches durch den Tod des

---

l. 59 §. 3 D. de re jud. (42, 1). Alle diese Stellen handeln von dem Falle, wo gegen den Verstorbenen erkannt worden ist, und schon dadurch, direct aber durch die l. 30 pr. D. de fid. lib. (40, 5) wird die Ansicht von Linde: Handbuch II. S. 409 Note 5 widerlegt, nach welcher auch die dem Verstorbenen günstigen Urtheile nichtig sein sollen. Natürlich müssen sich die Erben, wenn sie aus solchen Urtheilen Rechte ableiten wollen, durch die Nachweisung ihres Erbrechts legitimiren, und von dem in Folge dieser Nachweisung nothwendigen Erkenntniß ist das „transferre" der l. 30 pr. D. cit. zu verstehen, ein neues Urtheil in der Sache aber wird nicht gegeben.

2) L. 8 §. 1 D. de fidejuss. et nom. (27, 7): „Paulus respondit, tale judicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus susceperit." — Diese Regel faßt zugleich die materiellen Wirkungen der L. C. ins Auge, auf welche sich auch l. 14 D. de his qui not. inf. (3, 2), l. 34 D. de jud. (5, 1), l. 22 §. 2 D. de inoff. test. (5, 2) beziehen. Außerdem vgl. §. 1 I. de perp. et temp. act. (4, 12), l. 6 §. 2, l. 7. D. de inoff. test. (5, 2), l. 5, 34, 36 §. 2 C. eod. (3, 38), l. 26, 58 D. de O. et A. (44, 7), l. 28 D. de injur. (47, 10), l. 87, 139, 164 D. de R. J. (50, 17). — Nach l. 58 D. de O. et A. (44, 7) stehen den Erben hierin die prätorischen Successoren gleich, und nach l. 57 D. de jud. (5, 1) kann sogar eine gegen den Sohn angestellte Klage nach dem Tode desselben dem paterfamilias gegenüber fortgesetzt werden, sofern und soweit dieser gleich von Anfang an hätte belangt werden können.

3) Dieser bereits in l. 4 C. de in lit. jur. (5, 53) [verb. „— transferentibus vobis in heredes ejus actionem"] erwähnte Antrag ist selbstverständlich derselben Beschränkung unterworfen, welcher nach l. 22 §. 11 C. de jure delib. (6, 30) die Klagen gegen den Erben unterliegen. Vgl. Heffter: Syst. des C. Pr. S. 613, Strippelmann: Neue Sammlung bemerk. Entscheidungen III, 2. S. 18.

4) Zur Zeit des Formularprocesses wurde die translatio judicii vom Prätor vermittelst einer entsprechenden Aenderung der Formula verfügt — l. 15 D. de noxal. act. (9, 4) —, und wahrscheinlich die Condemnatio, nicht aber die Intentio umgeschrieben. Vgl. Keller: L. C. und Urtheil S. 167 Note 3, Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 119, Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. S. 452. — Das im Text beschriebene heut zu Tage übliche Verfahren ist von der Praxis ausgebildet worden. Vgl. Mynsinger: Obs. I, 85, Gaill: Obs. I, 109 no. 4, Mauritius: l. c. §. 7, Mevius: Decis. IV. 153, V. 2.

Erblassers insoweit sistirt worden war, als von der Erbschaft nicht gehandelt, und gegen dieselbe nicht erkannt werden konnte, seinen Fortgang; gegen den Ablauf der durch den Tod nicht unterbrochenen[5] Nothfristen aber wird dem Erben ex clausula generali Restitution ertheilt.[6]

Welche Modificationen diese Grundsätze erleiden, wenn die durch einen Procurator vertretene Partei entweder nach erfolgtem Actenschluß verstirbt, oder die Vollmacht mit auf ihre Erben gestellt hat (clausula heredum), kann erst in §. 9 gezeigt werden. Hier nur eine Bemerkung. Die clausula heredum gibt dem Procurator die Befugniß, nach dem Tode des Erblassers den in dessen Auftrag begonnenen Proceß ohne neue Vollmacht fortzuführen, schafft also eine Vertretung für die Erben, und ist eben darum nicht geeignet, von dem dennoch auf den Namen des Erblassers gestellten Urtheil die Nichtigkeit abzuwenden. Da jedoch den Erben in der Person ihres Vertreters die vollste Rechtsvertheidigung gewährt ist, so ist der Mangel, an welchem das Urtheil in diesem Falle leidet, von bloß formaler Bedeutung, und die deshalb zuständige querela nullitatis sanabilis ohne Aussicht auf Erfolg, wenn nicht wegen der zufälligen Concurrenz einer anderen materiellen Beschwerde ohnehin schon die Appellation begründet ist.[6a]

2. Die Singularsuccession in einen anhängigen Proceß ist in verschiedener Form denkbar. a. Am einfachsten vollzieht sie sich dadurch, daß für den Kläger auf Grund eines mandatum in rem suam ein Cessionar, für den Verklagten unter Leistung der erforderlichen Caution ein defensor[7] mit dem Antrag auf

---

5) Nicht entgegen l. 59 §. 3 D. de re jud. (42, 1) „— quia morte rei peremtorium solvitur." Denn diese Stelle handelt nicht von einer Nothfrist, sondern von der peremtorischen Ladung, welche der Litis Contestation vorausgeht. Erst durch die L. C. wird das judicium contrahirt, und nur in das judicium succediren die Erben.

6) Nach l. 6 C. si pendente appell. mors. interv. (7, 66) [mit bedeutenden Modificationen der l. un. C. Th. eod. (11, 35) entlehnt] sollen, wenn der Appellant während der Introductionsfrist verstirbt, die Erben außer der übrigen Zeit und der ihnen etwa zustehenden Deliberationsfrist noch einen Zeitraum von 4 Monaten für die Introduction der Appellation haben. Diese ganz singuläre Anordnung läßt sich aber auf die Berechnung anderer Nothfristen nicht anwenden. Dagegen ergeben sich die oben aufgestellten Grundsätze aus der Natur der Sache.

6a) Von den Voraussetzungen und dem Character der qu. nullitatis sanabilis wird unten in §. 60 die Rede sein. Mit dem im Text gezogenen Resultat stimmt überein eine Entscheidung bei Buchka und Budde: Entsch. des O. A. G. zu Rostock II. 2.

7) Vgl. §. 9 Note 36, §. 10 Note 17 mit §. 9 Note 22.

Zulassung im Proceß auftritt, also durch Uebertragung und durch Uebernahme der Parteirolle, und sie hat in dieser Form, in der sie erst mit jenem Antrag perfect wird, das Besondere, daß sie den anhängigen Proceß gar nicht ins Stocken gerathen läßt, vielmehr dessen Reassumtion in sich schließt, und somit für eine citatio ad reassumendum keinen Raum bietet. b. Es kommt aber auch vor, daß das Proceßverhältniß (judicium) ipso jure von Einem auf den Andern übergeht, wie z. B. wenn der Kläger in Concurs geräth, und für die Verwaltung der Concursmasse ein Curator bestellt wird, wenn die streitige Berechtigung ihre subjectiven Beziehungen activ oder passiv einem anderen Rechtsverhältniß entlehnt, und dieses seinen Träger wechselt.[8] Hier liegt die Sache ähnlich, wie im Falle der Universalsuccession;[9] es bedarf eines Antrags, damit das Verfahren wieder in Fluß komme, und dieser Antrag braucht nicht nothwendig in der Reassumtion des Processes von Seiten des Successor zu bestehen, er muß auch vom Gegner ausgehen und auf eine citatio ad reassumendum gerichtet sein können. Denn abgesehen davon, daß dies die nothwendige Consequenz der Succession in das Proceßverhältniß ist, würde der Gegner ohne solche Befugniß, möchte er Kläger oder Verklagter sein, durch jede Succession in eine nachtheiligere Lage kommen; als Kläger könnte er die Condemnation des bisherigen Verklagten nicht mehr erwirken, sondern müßte von Neuem gegen den Successor klagen,[10] und als Verklagter vermöchte er sich zwar gegen

8) Arg. l. 9 D. fin. reg. (10, 1). Dies würde vorkommen können bei der a. finium regundorum, bei der a. confessoria in Anwendung auf Prädialservituten, bei der a. aquae pluviae arcendae — l. 6 §. 4 D. de aqua et aquae pl. arc. (39, 3) —, bei den aus den Reallasten entspringenden Klagen, sofern sie gegen den Eigenthümer des obligirten Grundstücks gerichtet sind, bei Klagen aus den einer Pfründe angehörenden Rechtsverhältnissen — c. 11 X. de jud. (2, 1) —, nach l. 2 §. 8. D. de hered. v. act. vend. (18, 4) wohl auch bei den actiones hereditariae, wenn die Erbschaft verkauft wird, nicht aber, wie l. 1 C. comm. div. (3, 37) beweist, bei der a. communi dividundo. Antiquirt ist der in l. 14 §. 1 vgl. mit l. 15 D. de noxal. act. (9, 4), l. 24 §. 4 D. de lib. c. (40, 12) behandelte Fall. In den meisten der hier in Betracht kommenden Fälle ist die streitige Berechtigung an ein Grundstück geknüpft, und das Eigenthum an diesem Grundstück das bedingende Rechtsverhältniß, was sich so ausdrücken läßt, daß das Grundstück als das berechtigte oder verpflichtete Subject und der Eigenthümer als dessen Vertreter anzusehen sei. Cf. l. 31 §. 7 D. de neg. gest. (3, 5) [„Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur"], l. 4 §. 5 D. fin. reg. (10, 1) [„— magis fundo quam personis adjudicari fines intelliguntur"], l. 7 pr. D. de public. (39, 4) [„— in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri"].

9) Auch sachlich liegt eine Aehnlichkeit mit der Universalsuccession in den Fällen der l. 57 D. de jud. (5, 1), l. 29 D. de oper. libert. (38, 1) vor.

10) Arg. l. 14 §. 1 vgl. mit l. 15 D. de noxal. act. (9, 4).

den nicht mehr zur Sache legitimirten bisherigen Kläger mit Erfolg zu vertheidigen,[11] bliebe aber einer neuen Klage des Successor ausgesetzt. c. Nicht minder aber werden Reassumtion und citatio ad reassumendum in den Fällen zuzulassen sein, in welchen nach der Litis Contestation in das streitige Recht, z. B. im Fall des Eigenthumsprocesses in das Eigenthum succedirt worden ist. Diese Art der Succession ist freilich nicht selbst schon eine Succession in das Proceßverhältniß, aber sie involvirt eine solche, da sie, wenn vor der Litis Contestation erfolgt, mit dem verletzten Recht auch die aus demselben entsprungene Klage übertragen haben würde, und folgeweise nach der Litis Contestation (vorausgesetzt, daß sie überhaupt rechtsbeständig ist) denselben Effect bezüglich des an die Stelle des Klagrechts (actio) getretenen Proceßverhältnisses (judicium) äußern muß.[12] Daß ein Gleiches nicht auch von der Succession in das die Verklagtenqualität begründende factische Verhältniß gilt, hat seinen besonderen Grund darin, daß dieses als Besitz einer Sache oder eines opus zu denkende Verhältniß seiner factischen Natur wegen keine ipso jure eintretende, sondern nur eine gewollte Succession zuläßt, und daß den Klagen gegenüber, welche gegen den Besitzer als solchen gerichtet sind,[13] der verklagte Besitzer, wenn er mit Wissen und Willen (dolo) den Besitz aufgibt, so angesehen

11) Arg. l. 7 §. 7 D. ad. exhib. (10, 4), l. 14 §. 1 D. de cond. furt. (13, 1), l. 37 §. 6 D. de oper. libert. (38, 1). Diese Stellen gehen von der Regel aus, daß der nach der Litis Contestation erfolgte Untergang des klägerischen Rechts die Absolution des Verklagten nach sich ziehe („Omnia judicia esse absolutoria") — vgl. §. 14 Note 69 —, und machen davon auf Fälle Anwendung, in welchen ein das Interesse des Klägers bestimmendes Verhältniß als erloschen erscheint. Jene Regel aber hatte anfänglich außerhalb des beschränkten Gebiets der Zahlung und sonstigen reellen Befriedigung keine Geltung, und wurde wohl nur allmählich auf andere Tilgungsgründe ausgedehnt, wie daraus hervorgehen möchte, daß Pomponius, obschon er für sie nach l. 7 §. 7 D. ad exhib. einen ziemlich weiten Umfang in Anspruch nahm, doch in einer speciell hierher gehörigen Stelle, der l. 16 D. de aqua et aquae pl. arc. (39, 3), im judicium aquae pluviae arcendae den Kläger trotz der Veräußerung des von ihm vertretenen Grundstücks noch als legitimirt ansieht, und ihm sogar Ersatz des erst nach der Veräußerung eingetretenen Schadens zuerkannt wissen will („non quia venditori, sed quod rei damnum datum sit"). Im justinianeischen Recht indeß ist die Gemeingültigkeit der Regel so bestimmt anerkannt, daß dagegen die einer früheren Entwickelungsstufe angehörige Entscheidung der l. 16 D. cit. zurückstehen muß.

12) Beispiele dieser Art von Succession finden sich in den Quellen nicht, ohne Zweifel wegen des zu Note 14 erwähnten Verbots; ihre Möglichkeit aber wird indirect durch die diesem Verbot gegenüber zugelassenen Ausnahmen (s. die Noten 16, 17) anerkannt.

13) Hierher gehört die Eigenthumsklage und alle ihr nachgebildeten Klagen, dann aber auch die s. g. actiones in rem scriptae mit Einschluß der Noxalklagen und der Klage auf Leistung der cautio damni infecti, während sich bei

wird, als fahre er fort zu besitzen. Die Uebertragung des Besitzes kann daher die Succession in die Proceßrolle des Verklagten nicht nach sich ziehen, und dies will sagen, daß der Successor, wennschon ihm unverwehrt ist, als defensor für seinen Vorgänger einzutreten, doch der citatio ad reassumendum nicht unterliegt.

Es gibt übrigens für die Singularsuccession in anhängige Processe noch eine andere Schranke, welche darin besteht, daß die Veräußerung litigiöser Sachen und Klagen verboten und für ungültig erklärt ist,[14] und fast scheint es, als ob dieses Verbot die fraglichen Successionen so gut wie ganz ausschließe. Allein so weit reicht dasselbe doch nicht. Es berührt weder die Defension, noch die ipso jure eintretende Succession,[15] und ist außerdem durch eine Reihe wichtiger Ausnahmen abgeschwächt, indem es keine Anwendung finden soll, wenn die Veräußerung eine unfreiwillige, z. B. die Theilung eines gemeinsamen Objects unter den socii zum Zweck der Auseinandersetzung, die Zahlung einer schon vor dem Eintritt der Litigiosität speciell geschuldeten Sache ist,[16] wenn sie zum Zweck eines Vergleichs, einer donatio propter nuptias oder der Bestellung einer dos geschieht.[17]

---

gegen den Eigenthümer gerichteten a. aquae pluviae arcendae die Sache insofern anders verhält, als in das Eigenthum nicht bloß auf dem Wege der Alienation, sondern auch ipso jure succedirt werden kann, und nur die Alienation den bisherigen Verklagten nicht frei macht. Cf. l. 4. §. 1. D. de aqua et aquae pl. arc. (39, 3).

14) Cf. fr. de jure fisci §. 8, Gai. IV. 117, l. 13 D. fam. erc. (10, 2), l. 27 §. 1 D. ad S. C. Vell. (16, 1), l. 1 §. 2 D. quae res pign. (20, 3), l. 1 §. 1 D. de litig. (44, 6), l. 1 in f. C. comm. div. (3, 37), l. 1 pr. C. Th. de litig. (5, 5), l. 2—4 C. J. eod. (8, 37), nov. 112 c. 1, und dazu §. 14 Note 38—40.

15) Vgl. die oben unter b. und insbesondere die in der Note 8 angeführten Fälle. Daß die letzteren durch das auf die Litigiosität gegründete Veräußerungsverbot nicht betroffen werden, hat seinen Grund darin, daß das Object, als dessen Zubehör der streitige Anspruch erscheint, selbst nicht streitig und deshalb auch nicht unveräußerlich ist. Vgl. die Entsch. der O. A. Gerichte zu Cassel, Lübeck und Celle bei Seuffert: Archiv III. 23, V. 9. Ob man sich dafür auf l. 2 §. 8 D. de hered. v. act. vend. (18, 4) berufen darf, ist nicht unzweifelhaft.

16) L. 13 D. fam. erc. (10, 2): „Alienationes enim post judicium acceptum interdictae sunt duntaxat voluntariae, non quae vetustiorem causam et originem juris habent necessariam". Anwendungen hiervon enthalten l. 1, l. 4 §. 1 (verb. „aut divisionis rerum hereditariarum factae") C. de litig. (8, 37), nov. 112 c. 1, so wie rücksichtlich anderer Veräußerungsverbote l. 1 pr. D. de fundo dot. (23, 5), l. 1 §. 2 in f., l. 3 §. 1—3, l. 5 §. 4, 6, 7 D. de reb. eorum (27, 9).

17) L. 4 §. 1 in f. C. de litig. (8, 37). In Betreff der in dieser Stelle auch erwähnten Legate ist zu unterscheiden, ob die legirte Sache schon zur Zeit des Todes des Erblassers litigiös war, oder es erst später wurde. Während in

Wenn nun ein Antrag auf Zulassung im Proceß vom Successor oder auf Zuziehung des Successor vom Gegner unter Darlegung eines Successionsgrundes gestellt, und nach vorgängiger Untersuchung für begründet erkannt worden ist, tritt der Successor in das Verfahren mit allen Rechten und Pflichten des Vorgängers ein,[18] und muß deshalb auch, vorbehaltlich der aus dem Successionsgrunde sich etwa ergebenden Regreßansprüche, wegen der bereits erwachsenen Kosten im Verhältniß zum Gegner als ersatzberechtigt und als ersatz-, sowie folgeweise cautionspflichtig betrachtet werden.[19]

Von der accessorischen Theilnahme Dritter.

1. Dritte Interessenten (interventio,* litis denunciatio,** laudatio auctoris***).

§. 7.

Am Ausgang eines anhängigen Processes kann ein Dritter in der Art interessirt sein, daß er davon die Feststellung eines Rechts-

---

diesem Fall die Hingabe derselben an den Legatar als eine freiwillige Veräußerung (Note 16) nicht anzusehen ist, will in jenem die nov. 112 c. 1 das Legat so aufgefaßt wissen, als bilde der eventus litis dessen Gegenstand, so daß der Erbe den Proceß fortzuführen, und die legirte Sache nur im Fall seines Sieges an den Legatar zu leisten hat. Vgl. damit l. 3, 4 §. 1 in f. C. cit., und über das Recht des Legatars zur accessorischen Intervention §. 7 N. 6.

18) Auch im Fall der Singularsuccession erforderte die translatio judicii im Formularproceß die Umschreibung der Formel, und wahrscheinlich bestand diese eben so wie unter 1. nur in einer Aenderung der Condemnatio. Vgl. die in Note 4 Citirten. Die translatio judicii vom Procurator auf den Dominus und vom Dominus auf den Procurator wird in §. 9 noch speciell behandelt werden; aus dem Gesichtspunct einer solchen sind nach den Ausführungen Savigny's: System II. S. 71 fg. eigentlich auch l. 22 §. 3 D. de inoff. test. (5, 2), l. 17 §. 14 D. de injur. (47, 10) zu erklären.

19) A. M. aus unzureichenden Gründen ist Gesterding: Alte und neue Irrthümer S. 156 fg. Vgl. Entsch. des O. A. G. zu Cassel bei Seuffert: Archiv XI. 304.

* J. Claproth: De interventione libellus, Gött. 1763. Gönner: Handbuch I. 18. Gensler im Arch. für civ. Pr. IV. 14. Lang: Die Interventionen nach den Grundsätzen des gem. teutschen C. Pr., Landshut 1826. Linde in der Zeitschr. für C. R. und Pr. V. 26. Brauer im Arch. für civ. Pr. XXIV. S. 423 fg. Mayen: Die sogenannte accessorische Intervention im C. Pr., Gießen 1864 (auch in der Zeitschr. für C. R. und Pr. N. F. XXI. S. 365 fg.).

** Stryk: De litis denunciatione, Hal. 1711. Stever: De litis denunciatione, Rost. 1804. Gönner: Handbuch I. 17. Gensler im Arch. für civ. Pr. IV. 15. Duntze: ebendas. X. 16. Fischer: Die Lehre von der Streitverkündigung überhaupt und von dem Aufrufe eines Dritten zur gerichtlichen Vertretung insbes., Prag 1843. Dernburg in der Zeitschr. für C. R. und Pr. N. F. II. 1. Fuchs: Beiträge zum C. P., H. 1, Marb. 1856.

*** Gönner: Handbuch I. 16. Mittermaier im Arch. für civ. Pr.

verhältnisses erwartet, in welchem er zu einer der beiden Parteien steht.[1] So trat nach R. R. der Proceßprocurator in Folge der Litis Contestation in den ihm aufgetragenen Proceß selbst als Partei ein, auf seinen Namen wurde das Urtheil gestellt; der Inhalt des Urtheils aber war für die Ansprüche aus dem Mandatsverhältniß, so wie späterhin für die utiles actiones maaßgebend, welche im Fall der Condemnation dem dominus, wenn er Kläger, und gegen den dominus, wenn er Verklagter war, verliehen wurden.[2] Der dominus hatte also offenbar am Siege des Procurator ein begründetes Interesse.[3] Eben so kann es dem Legatar nicht gleichgültig sein, ob das Testament, durch welches er honorirt worden ist, in dem zwischen dem Testaments- und dem Intestaterben schwebenden Proceß für gültig oder für ungültig erklärt wird;[4] denn von dem Ausfall des Erkenntnisses hängen seine Ansprüche an den Testamentserben ab.[5] Noch dringender ist der mit einer res litigiosa bedachte Legatar am Siege des Erben interessirt, auf welchen der schon vom Erblasser eingeleitete Proceß übergegangen ist; der Legatar ist hier dem Resultate nach der allein Betheiligte, weil der Erbe die fragliche Sache keinenfalls behält, mag er siegen oder unterliegen.[6] Nicht minder muß der Regreßpflichtige

---

III. 24. Gensler: ebendas. III. 25, IV. 15 §. 2. Linde: Abhandlungen aus dem gem. deutschen C. Pr. I. 4. Flach in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XVII. 3. Kori im Arch. für civ. Pr. XXVII. 13. Langenn und Kori: Erörterungen practischer Rechtsfragen I. 13. Wirsing: Ueber das Wesen und die proc. Natur der nominatio auctoris nach gemeinem Rechte, Würzb. 1848. Emminghaus in der Zeitschr. für C. R. u. Pr. N. F. XVIII. 20.

1) Dieser dritte Interessent wird in den Quellen schlechthin als „is, cujus interest" bezeichnet. Cf. l. 4 §. 2 D. de appell. (49, 1), l. 2 §. 1 D. quando app. (49, 4), l. 1 pr. D. de app. rec. (49, 5), c. 2 in VI. ut lite pend. (2, 8). In den meisten der hier und in den folgenden Noten citirten Stellen ist von seiner Appellationsbefugniß die Rede.

2) S. darüber §. 9 Note 14—16.

3) L. 69 D. de proc. (3, 3), l. 8 in f. D. de in int. rest. (4, 1), l. 4 §. 2 D. de app. (49, 1), l. 1 §. 15 D. qu. app. (49, 4), l. 2 D. an per alium (49, 9), l. 9, 10 C. de app. (7, 62), c. 2 in VI. de proc. (1, 19). — Einem Proceßprocurator vergleichbar ist der auctor (und Verpfänder), welchem der successor (und Pfandgläubiger) stillschweigend gestattet, einen Proceß zu führen, zu dem er eigentlich legitimirt wäre. Vgl. §. 47 Note 31. Daraus erklärt sich l. 4 §. 3, 4 D. de appell. (49, 1). Auf einem ähnlichen Gesichtspunct beruhen l. 63 D. de re jud. (42, 1) [verb. „Nam et si libertus me interveniente servus vel libertus alterius judicetur, mihi praejudicatur"] und l. 2 §. 2 D. quando app. (49, 4). Vgl. §. 47 Note 38.

4) L. 29. pr. D. de inoff. test. (5, 2), l. 5 §. 1—4 init., l. 14 pr. D. de app. (49, 1).

5) Vgl. §. 47 Note 33.

6) Nov. 112 c. 1.

(und dessen Bürge[7]) der Partei den Sieg wünschen, welche im Fall ihrer Niederlage ihm gegenüber regreßberechtigt ist,[8] insbesondere also der Verkäufer dem Käufer, der einen Evictionsproceß zu bestehen hat,[9] der Hauptschuldner dem vom Gläubiger belangten Bürgen,[10] der Vormund seinem Mündel, wenn nach Beendigung der Vormundschaft Rechtsverhältnisse streitig werden, welche unter seiner Mitwirkung entstanden sind.[11] In allen diesen Fällen ist das in dem anhängigen Proceß erwartete Urtheil, wenn nicht besondere Gründe (z. B. Collusion, Contumacia, möglicher Weise auch culpa[12]) entgegenstehen, für den dritten Interessenten bindend,[12a] dem eben deshalb gestattet wird, sich an dem anhängigen

7) L. 5 pr. D. de appell. (49, 1): „Igitur et venditoris fidejussor emtore victo appellabit, licet emtor et venditor acquiescant." Die vorausgehenden Worte „item fidejussores pro eo (sc. appellare possunt) pro quo intervenerunt" erregen den Schein, als ob die fidejussores auch für den Hauptschuldner appelliren könnten. Allein zur Zeit der Pandecten-Juristen wurde der fidejussor dadurch befreit, daß mit dem Hauptschuldner Lis contestirt wurde; er hatte mithin an dessen Siege kein Interesse. Jene Worte müssen deshalb in einem anderen Sinne gemeint sein, wie denn auch im Folgenden speciell vom Bürgen des Regreßpflichtigen die Rede ist. Allerdings könnte auch an den Bürgen gedacht werden, welcher die cautio judicatum solvi oder eine ähnliche Proceßcaution geleistet hat, da er aus der Verurtheilung des Verklagten haftet.

8) Vgl. §. 47 Note 32.

9) L. 4 §. 3 D. de appell. (49, 1). Vgl. auch das unter 2. Gesagte.

10) L. 8 §. 8 in f. D. mand. (17, 1).

11) L. 1 C. ut causae post pubertatem tutor adsit (5, 48). — Hat umgekehrt der Vormund während der Vormundschaft einen Proceß für den Mündel begonnen, so bleibt er nach R. R. der Beendigung der Vormundschaft ungeachtet dominus litis, der Mündel aber ist an seinem Siege interessirt. Cf. l. 39 §. 12 D. adm. tut. (26, 7), l. 24 §. 1, l. 28 §. 2 D. de app. (49, 1), l. 2 D. an per alium (49, 9), l. 1 §. 1 D. si pend. app. (49, 13), l. 10 C. de app. (7, 62). S. Note 2, 3.

12) S. §. 47 Note 32.

12a) Dies läßt sich nicht sagen in Betreff des Miterben, wenn ein anderer Miterbe aus einer Erbschaftsschuld belangt worden ist, wie l. 63 D. de re jud. (42, 1) beweist. Zwar wird in l. 5 pr. D. de app. (49, 1) die Appellation gestattet, „si quis in coheredum praejudicium se condemnari patiatur." Indeß möchten die Worte „in coheredum praejudicium" in einem restringirenden Sinne zu nehmen sein, gleichbedeutend mit „soferne unter den gegebenen Umständen die Miterben ein Präjudiz erleiden", wie es etwa da der Fall ist, wo einer von mehreren Erben aus dem Versprechen des Erblassers auf Bestellung einer Prädialservitut belangt worden ist. Cf. l. 17 D. de serv. (8, 1), l. 25 §. 10, 11 D. fam. erc. (10, 2), l. 7 D. de serv. leg. (33, 3), l. 2 §. 2 D. de V. O. (45, 1), und §. 54 Note 8 fg. Es würde dann bei dem „si quis — se condemnari patiatur" (in ähnlicher Art wie bei dem „si suspicantur non ex fide heredem causam agere" der l. 14 pr. D. eod.) nicht sowohl an eine Voraussetzung, als an das Motiv der Intercession zu denken sein, und in den folgenden Worten „quamvis et sine appellatione tutus est coheres" eine Hinweisung auf die exc. doli liegen, welche des obwaltenden dolus wegen der a. fam. erc. des verurtheilten Erben entgegengesetzt werden kann.

Proceß als Beistand derjenigen Partei zu betheiligen, deren Sieg einen Vortheil für ihn involvirt oder einen Nachtheil von ihm abwendet.[12b] Diese Theilnahme wird Intervention, nach der modernen Ausdrucksweise accessorische Intervention genannt.[13]

1. Der Intervenient ist, sobald er sein Interesse an dem in Frage stehenden Proceß genügend bescheinigt,[14] jederzeit vom Richter zuzulassen;[15] jedoch muß er das Verfahren in der Lage aufnehmen, in welcher er es findet,[16] und kann sich also nur an der dem Intervenienten selbst noch offen stehenden Thätigkeit betheiligen.[17] Seine Betheiligung aber besteht, wenn er nicht etwa zum procurator in rem suam bestellt wird,[18] zunächst darin, daß er dem Intervenienten bei den Verhandlungen assistirt (causae adesse[19]), d. h. daß er ihn vor Gericht mit seinem Rath unterstützt und mit seiner, des Intervenienten, Genehmigung Vorträge hält. Sodann aber hat er die weiter gehende Befugniß, gegen die gegebenen Entscheidun-

12b) Die neuerdings von Maxen a. a. O. §. 4—8 aufgestellte Behauptung, daß die Theilnahme des Regreßpflichtigen (Note 8—11) von der Zulassung derjenigen Partei abhängig sei, der er seinen Beistand leisten wolle, findet weder in den Quellen, noch in der Natur der Sache Unterstützung. Umgekehrt wird die Appellationsbefugniß (s. Note 20) allen Interessenten und insbesondere dem Verkäufer — cf. l. 4. §. 3, l. 5. pr. D. de appell. (49, 1), l. 20 C. de evict. (8, 45) — schlechthin zugesprochen.

13) Die s. g. Principal-Intervention gehört nicht hierher aus dem in §. 5 zu Note 11 angegebenen Grunde. Den Ausdruck „intervenire" gebraucht das R. R., obschon auch nicht technisch, nur für die im Text besprochene Theilnahme. Cf. l. 4 §. 4 D. de appell. (49, 1), l. 63 D. de re jud. (42, 1).

14) Ueber das Erforderniß einer solchen Bescheinigung vgl. Baldus in auth. Hodie C. de appell. nr. 6, Joa. ab Imola ad l. 5 D. de app. nr. 9, Ant. de Butrio ad c. 38 X de test. nr. 3, 10, 11, S. Schard in add. ad Bart. in l. 5 D. de appell. in f., Gaill: Obs. I. 69 nr. 4, Berger: Elect. disc. for. I. 15, Pufendorf: Obs. IV. 37, Ludovici: Civilproceß XXXIX §. 3, Heffter: Instit. des röm. und teutschen C. Pr. S. 534, Schmid: Handbuch I. §. 62.

15) Der Proceßgegner ist darüber zu hören vor oder nach der Zulassung, schon aus Rücksicht auf die Kosten.

16) C. 2 in VI. ut lite pend. (2, 8): „— eos in illo statu, in quo ipsam (litem) invenerint, esse admittendos."

17) Nicht ausgeschlossen sind jedoch die an eine bestimmte Frist nicht gebundenen dilatorischen Einreden, z. B. die exc. judicis inhabilis und in gewissem Sinne auch die exc. jud. suspecti. Cf. Gaill l. c. I. 71 nr. 7, Ludovici a. a. O. XXXIX. §. 7.

18) L. 49 pr. D. de jud. (5, 1), l. 62 §. 1, l. 66 §. 2 D. de evict. (21, 2), l. 20 C. eod. (8, 45).

19) L. 69 D. de proc. (3, 3), l. 29 pr. D. de inoff. test. (5, 2), l. 1 C. de peric. et comm. (4, 48), rubr. C. ut causae post pub. tutor adsit (5, 48). — Ueber die Bedeutung des Ausdrucks „causae adesse" vgl. überhaupt Brissonius de V. S. s. v. adesse. Gleichbedeutend ist in l. 1 C. eod. (5, 48) „defensioni assistere", in l. 21 C. de evict. (8, 45) „assistere causamque instruere" gebraucht.

gen auf eigne Hand[20] und ungeachtet eines etwa zu seinem Nachtheil vom Interventen abgeschlossenen Vergleichs,[21] die Appellation einzulegen und auszuführen, und wenn er vermuthet, daß der Intervent nicht ehrlich zu Werke gehe, in dessen Gegenwart schon in erster Instanz selbständige Anträge zu stellen (causam agere).[22] Als Appellant insbesondere durfte er nach R. R. die Beschwerden durch nova justificiren,[23] ohne in erster Instanz überhaupt aufgetreten zu sein, und er muß daher heut zu Tage wegen Minderjährigkeit, Abwesenheit oder Irrthums auch schon in erster Instanz gegen den Ausschluß der etwa in Folge seines verspäteten Eintritts von ihm versäumten Angriffs- und Beweismittel um Restitution bitten können.[24] Es ergibt sich sonach das allgemeine Resultat, daß der Intervenient zwar den Zwecken des Interventen dient, daß er aber in der Wahl und dem Gebrauch der Mittel freie Hand hat. Ihm selbst werden Auflagen nicht gemacht, weil nicht er, sondern der Intervent das eigentliche Proceßsubject ist; von jeder diesem gemachten Auflage aber ist ihm Nachricht zu geben, damit er im Stande sei, das ihm geeignet Scheinende rechtzeitig vorzutragen.[25] Nachtheilige Handlungen, die er vornimmt, Geständnisse, Verzichte und dergleichen, binden den Intervententen nicht, so wenig wie derartige Handlungen des Intervenienten ihn binden. Dagegen darf er verlangen, mit allem Demjenigen gehört zu werden, was der Sache des Intervententen förderlich ist, und es erscheint daher vollkommen consequent, daß ihm die Praxis die Ableistung der dem Intervententen obliegenden Haupteide wenigstens da

---

20) S. darüber §. 54 Note 6.

21) L. 5 §. 3, 4 D. de app. (49, 1) vgl. mit l. 3 pr. D. de transact. (2, 15), und dazu Maxen a. a. O. §. 22.

22) L. 14 pr. D. eod. — „et hodie hoc jure utimur, ut possint appellare, sed et agere causam apud ipsum judicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur, non ex fide heredem causam agere." Vgl. Note 12a.

23) Diese Befugniß stand jedem Appellanten zu — vgl. §. 56 Note 73 —, mithin auch dem Intervenienten, welcher appellirt hatte.

24) Dies ist eine alte, erst bei den Neueren in Vergessenheit gerathene Streitfrage. Die im Text angenommene Ansicht vertreten Bartolus ad l. 14 §. 1 D. de appell. nr. 2 sequ., Panormitanus ad c. 38 de test. nr. 7, Felinus ibid. nr. 18, Ludovici a. a. O. XXXIX. §. 7 und über die Streitfrage überhaupt vgl. Gaill l. c. I. 71 nr. 12—14. Die in c. 2 cit. (Note 16) aufgestellte Regel, welche die Neueren ohne Erwähnung der Restitution wiederholen, steht obiger Ansicht nicht entgegen.

25) Nach der Praxis des R. K. G., welche noch heut zu Tage in den meisten Territorialgerichten besteht, werden Fristen und Termine ausdrücklich Beiden anberaumt. Vgl. Gaill l. c. I. 71 nr. 18—20.

gestattet, wo er selbst dem Wissen nach, der Intervent nur dem Glauben nach zu schwören vermag.[26] Die durch die Intervention verursachten Kosten hat der unterliegende Gegner dem Intervenienten, und umgekehrt der Intervenient dem siegreichen Gegner zu ersetzen.

2. Einen besonders dringenden Anlaß zur Intervention hat der Verkäufer, wenn dem Käufer klag- oder einredeweise das Kaufobject streitig gemacht wird. Denn abgesehen davon, daß er den Käufer im Fall des Unterliegens vollständig zu entschädigen hat, mithin die ganze Gefahr des Evictionsprocesses trägt, ist er der Natur der Sache nach auch unmittelbarer mit den das Kaufobject betreffenden Rechtsverhältnissen bekannt, und eher im Stande, eine Niederlage abzuwenden, als der Käufer.[27] Da er aber, um interveniren zu können, vom Beginn des Processes Kenntniß haben muß, so ist der Käufer verpflichtet worden, ihm solche zu geben, und ihn dadurch zur Theilnahme am Proceß aufzufordern. Diese Benachrichtigung wird litis denunciatio genannt.[27a] Sie muß so zeitig vorgenommen werden, daß der Verkäufer Gelegenheit hat, alle ihm zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe zur Unterstützung des Käufers zu verwenden.[28] Versieht es der Käufer hierin, so tritt der Klage wegen der Eviction eine Einrede, die doli mali exceptio, entgegen,[29] welche sich nur durch den Beweis beseitigen läßt, daß

---

26) Das Nähere hierüber s. in §. 25.

27) L. 53 §. 1 D. de evict. (21, 2). „Si cum possit emtor auctori denunciare, non denunciasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex stipulatu agere non potest.“

27a) In gleicher Bedeutung kommt „laudare auctorem“ vor. Cf. l. 6 §. 5 D. de A. E. V. (19, 1). l. 63 §. 1 D. de evict. (21, 2), l. 7, 14 C. eod. (8, 45).

28) Die l. 29 §. 3 D. de leg. III. (32, 1) drückt durch die Worte „prius quam judicium accipiatur“ die Regel aus; daß aber die Denunciation auch nach der L. C. geschehen könne, sofern nur die volle Theilnahme des Denunciaten noch möglich ist, bezeugt l. 29 §. 2 D. de evict. (21, 2). Andere Erklärungen s. bei Fuchs a. a. O. §. 10.

29) Cf. l. 49, 53 §. 1 D. de evict. (21, 2) [„agere non potest“], l. 29 §. 3 D. leg. III. (32, 1) [„opponetur tibi d. m. exceptio“], l. 1 C. de peric. et comm. (4, 48), l. 8 C. de evict. (8, 45) [„neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex emto actionem — habet“], l. 20 C. eod., und gegenüber der von Fuchs a. a. O. §. 5 und Mayen a. a. O. §. 4 Note 12 aufgestellten Behauptung, daß die Litis Denunciation auch in Evictionsfällen nicht nothwendig sei, mithin die a. emti nicht bedinge, wennschon aus Gründen, die in der Fassung der stipulatio duplae gelegen, die a. ex stipulatu, besonders l. 63 pr. D. eod. [„Herennius Modestinus respondit, non obesse ex emto agenti, quod denunciatio pro evictione interposita non esset, si pacto ei remissa esset denunciandi necessitas“].

der Verkäufer auf die Anzeige verzichtet, oder sich derselben entzogen habe, oder abwesend gewesen sei,[30] oder durch seinen Beistand dem Verfahren einen anderen Ausgang doch nicht verschafft haben würde.[31] Die Abweisung der Evictionsklage ist mithin das Mittel, durch welches der Käufer genöthigt wird, jener Pflicht nachzukommen. Zweifelhaft ist, ob außer dem Käufer auch sonstige Regreßberechtigte die Anzeigepflicht haben. Unbedenklich möchte dies für diejenigen anzunehmen sein, deren Regreßansprüche durch ein richterliches Urtheil (Eviction) bedingt sind. Alle anderen dagegen können sich im Falle des Processes der Denunciation zwar mit Vortheil bedienen, um dem Vorwurf der Nachlässigkeit vorzubeugen, dem sie bei mangelhafter Vertheidigung ausgesetzt sind;[32] da sie es aber nicht einmal zum Proceß kommen zu lassen brauchen, so können ihre Regreßansprüche von der Denunciation unmöglich abhängen.[33] Von selbst versteht sich übrigens, daß wenn an die Stelle des Verkäufers mehrere Erben getreten sind, oder mehrere Verkäufer am Kauf participirt haben, ihnen allen,[34] und daß dem entfernteren Auctor selbst wieder von dem näheren denuncirt werden muß.

Eine bestimmte Form ist für die Denunciation nicht vorgeschrieben; es kommt nur darauf an, daß sie vollzogen wird, die Form ist gleichgültig.[35] Weil jedoch der Denunciant in die Lage

30) L. 55 §. 1, l. 56 §. 5, 6, l. 63 pr. D. de evict. (21, 2), l. 8, 9 C. eod. (8, 45), l. 1. C. de peric. et comm. (4, 48).

31) Arg. l. 11 §. 12 D. de A. E. V. (19, 1), l. 53 §. 1 D. de evict. (21, 2), und dazu Glück: Commentar XX. S. 401 nebst den daselbst Citirten.

32) L. 8 §. 8 i. f., l. 10 §. 12 D. mand. (17, 1), l. 1 C. ut causae post pub. (5, 48).

33) L. 29 pr. D. mand. (17, 1) vgl. mit l. 49 pr. D. de jud. (5, 1), l. 53 §. 1, l. 62 §. 1 D. de evict., l. 8, 9, 20, 23 C. eod., l. 1 C. de peric. et comm. (4, 48), l. 8 C. de sent. et interl. (7, 45). Isolirt steht die l. 29 §. 3 D. de leg. III. (32, 1) [„servo generaliter legato“], wogegen die Admonition des Pfandgläubigers in l. 29 §. 1 D. de exc. rei jud. (44, 2) verb. „non admonito creditore“ ihre Erklärung in den Bemerkungen der Note 3 findet. Gegen die von Claproth: Einleitung in den ord. Pr. §. 461, Gönner: Handbuch I. 17 und Grolmann: Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 159 für alle Regreßansprüche behauptete Nothwendigkeit der Denunciation vgl. Gensler im Arch. für civil. Pr. IV. S. 186, Duntze ebend. X. S. 355, Schmid: Handbuch I. §. 64, Fuchs a. a. O. §. 6.

34) L. 62 §. 1 D. de evict., l. 23 C. eod., l. 85 §. 5 D. de V. O. (45, 1).

35) Im röm. Proceß konnten Denunciationen zu den verschiedensten Zwecken vorgenommen werden, sie waren aber auch da, wo sie vor Gericht geschahen, von der Mitwirkung des Richters unabhängig, und wurden allein unter den Parteien vollzogen. Vgl. die von Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 117, 1. zusammengestellten Beispiele, und Mühlenbruch: Die Lehre von der Cession (ed. 3.) S. 77 fgg., Asverus: Die Denunciation der Römer S. 91 fg., Keller, Semestria, II. p. 355 sequ.

kommen kann, sich auf die Denunciation berufen zu müssen, so ist es des Beweises wegen heut zu Tage gewöhnlich, daß er das Gericht der Hauptsache ersucht, den Denunciaten mittelst Decrets zur Theilnahme am Proceß aufzufordern.[36] Die Androhung eines Rechtsnachtheils aber (ad assistendum vel indemnisandum)[37] darf damit nicht verbunden werden, da die Verpflichtung zur Evictionsleistung in dem zunächst anhängigen Proceß nicht festzustellen, und überhaupt der Denunciat zur Theilnahme an demselben keineswegs verpflichtet ist. Folgt der Denunciat der an ihn ergangenen Aufforderung, so ist sein Auftreten in jeder Beziehung als accessorische Intervention aufzufassen und zu behandeln. Seine Bestellung zum procurator in rem suam aber, welche in den römischen Gerichten die gewöhnliche Form seiner Theilnahme gewesen zu sein scheint,[38] empfiehlt sich besonders dadurch, daß er das nächste und meist sogar das einzige Interesse an dem Gewinn des Processes hat.

3. Schließlich ist noch der eigenthümlichen Gestalt Erwähnung zu thun, welche die litis denunciatio in einem Falle erhalten hat, der wesentlich andere als die gewöhnlichen Gesichtspuncte darbietet. Es steht fest, daß die rei vindicatio nicht bloß gegen den Besitzer, sondern auch gegen den Detentor angestellt werden kann.[39] Wird nun der Detentor belangt, so hat dessen Auctor, welcher der juristische Besitzer ist, am Ausgang des eingeleiteten Processes ein nahe liegendes Interesse. Denn auf Grund der Absolution kann er sich, um die ihm gegenüber von Neuem angestellte Klage zurückzuschlagen, der exc. rei judicatae bedienen, — unzweifelhaft dann, wenn das Streitobject bereits an ihn zurückerstattet worden ist, eben darum aber auch vorher —, wogegen er im Fall der Condemnation das an den Kläger restituirte Streitobject nur dadurch wieder an sich zu bringen vermag, daß er

36) Zur Sicherung des Beweises ist im R. R. für gewisse Arten der Denunciation (nicht gerade ausdrücklich für die vorliegende) die Zuziehung von Zeugen oder eine Erklärung zu Protocoll vor einer mit dem jus actorum conficiendorum versehenen Behörde empfohlen — vgl. Bethmann-Hollweg: Handbuch I. S. 249, Der römische C. Pr. III. S. 235 fg. —, und einen wesentlich anderen Character hat auch die gerichtliche Admonition der l. 1 C. ut causae post pub. tut. ads. (5, 48) nicht.

37) Dieser unpassenden Formel bediente sich das R. K. Gericht. Vgl. Hofmann: Obs. quaedam juris et proc. cam. Imp. obs. 7.

38) Vgl. die Stellen der Note 18.

39) L. 9 D. de R. V. (6, 1): „— Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse."

seinerseits klagt, und den im Erfolg jedenfalls unsicheren Beweis seines Rechts übernimmt. Ob dieser Klage die exc. de re secundum se judicata entgegenstehe, wenn der Auctor von der Proceßführung des Detentor gewußt hat, mag in Ermangelung einer quellenmäßigen Entscheidung dahin gestellt bleiben; immerhin ist der Auctor in einer Weise am Sieg des Detentor interessirt, daß sich seine Berechtigung zur Intervention nicht bestreiten läßt. Es ist aber ferner auch nicht zu verkennen, daß der Auctor über die Verhältnisse, welche in dem Evictionsproceß zur Sprache kommen, regelmäßig besser unterrichtet sein wird, als der Detentor, weshalb namentlich der Miether, um nach erfolgter Eviction seinen Entschädigungsanspruch durchsetzen zu können, dem Vermiether Gelegenheit zur Intervention geben, d. h. Litem denunciiren muß. Freilich ist von einer Haftung für die Eviction nur in diesem einen Fall die Rede. Dagegen macht sich überall zwischen Auctor und Detentor eine andere Rücksicht geltend, welche die Litis Denunciation wenigstens als sehr rathsam erscheinen läßt. Der Detentor nämlich übernimmt der angestellten dinglichen Klage gegenüber die Vertheidigung niemals, und selbst dann nicht, wenn er einen Evictionsanspruch hat, um ein eignes Recht zu schützen, wie der Käufer es thut, sondern um für den Auctor einen Besitz zu erhalten, der ihm unter der Verpflichtung der demnächstigen Restitution anvertraut worden ist. Die Pflicht der Restitution involvirt also die Vertheidigungspflicht, und dieser wird ohne Zweifel am sichersten dadurch genügt, daß der Auctor die Aufforderung erhält, mit seiner besseren Kenntniß des Sachverhalts zur Vertheidigung mitzuwirken. Zwar ist der Detentor nicht ohne Weiteres dem Auctor verhaftet, wenn er den Proceß ohne dessen Zustimmung geführt, und in Folge seiner Verurtheilung das Streitobject an den Vindicanten restituirt hat. Wohl aber wird er zur Entschädigung anzuhalten sein, wenn nachweislich mit Hülfe des Auctor die Abweisung des Vindicanten zu erwirken gewesen wäre.

Was hier jedoch besonders in Betracht kommt, ist der Erfolg, welchen die rechtzeitige Litis Denunciation haben muß. Da der Detentor an dem Rechtsstreit, in den er verwickelt werden soll, persönlich nicht interessirt ist, so darf er erwarten, daß er vom Auctor nicht bloß unterstützt, sondern der Last der vorläufig ihm zugefallenen Proceßführung gänzlich enthoben werde. Er drückt daher durch die Litis Denunciation stillschweigend das Verlangen aus,

daß sich der Auctor von ihm zum procurator in rem suam bestellen lasse, und muß, wenn derselbe diesem Verlangen nicht entspricht, auch seinerseits zur Ablehnung der Vertheidigung berechtigt sein, ohne für die daraus entspringenden Folgen verantwortlich zu werden.

Die practische Anwendung dieser Grundsätze nun ist durch die Vorschrift[40] vereinfacht worden, daß wenn der mit einer in rem actio belangte Detentor seinen Auctor sogleich, d. h. beim ersten Auftreten vor Gericht, bezeichnet,[41] was die Neueren laudatio auctoris nennen, nunmehr der Auctor ohne vorgängiges Gehör des Klägers[42] vom Richter citirt, und unter Androhung der gewöhnlichen Rechtsnachtheile zur Einlassung auf die Klage angehalten werden soll, gleich als sei er bereits zum procurator in rem suam bestellt worden. Der Detentor hört demnach zufolge der Benennung des Auctor zwar auf, zur Uebernahme der

---

40) L. 2 (Constantinus) C. ubi in rem actio (3, 19): „Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in judicio dominum nominare, ut — certo dierum spatio a judice definiendo, eoque ad notionem ejus perducendo — actoris intentiones accipiat. Si vero post hujusmodi indultum tempus minime hoc, quod dispositum est, facere maluerit, — judex utpote domino possessionis nec post hujusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit, et tunc in eadem voluntate eo permanente, negotium summatim discutiens, in possessionem rerum actorem mitti non differet, omni allegatione absenti de principali quaestione servata." — Die im Text angenommene Deutung dieser Stelle ist im Wesentlichen seit der Glosse in Geltung gewesen. Neuerdings aber hat Wieding: Der just. Libellproceß §. 29 mit beachtenswerthen Gründen eine andere Erklärung versucht, indem er unter dem „alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem" unter Bezugnahme auf l. 1 C. si per vim (8, 5) nicht jeden detentor, sondern nur den Verwalter versteht, der den Besitz des abwesenden dominus als „propinquus, vel parens, vel proximus, vel amicus, vel colonus, vel libertus seu servus quolibet titulo retinebat", und annimmt, daß Constantin einen solchen auf Grund der an ihn in Abwesenheit des dominus gelangten Ladung als defensor ohne Mandat nicht zugelassen, vielmehr dem von ihm benannten dominus eine neue Frist gestellt wissen wolle. Wie dem indeß sein mag, eine Decretale Innocenz III., c. 5 §. 7 X. ut lite non cont. (2, 6), hat die l. 2 C. cit. mit einer Veränderung in sich aufgenommen, welche keinen Zweifel darüber läßt, daß an den detentor schlechthin und an dessen Belangung gedacht ist; ihre Anfangsworte lauten: „Quodsi super rebus immobilibus quisquam conveniatur, qui eas possidet nomine alieno".

41) Unterläßt dies jedoch der Detentor, so ist er keineswegs als einer, qui liti sese obtulit, zu behandeln. Vgl. Vangerow: Lehrb. der Pandecten I. §. 332 Anm. 3.

42) Eine Verhandlung über die Voraussetzungen der laudatio auctoris zu fordern, ist zwar consequent, wenn man jene Rechtswohlthat für eine Einrede hält, hat aber bei denen, welche diesen Irrthum nicht theilen, wie bei Heffter: System §. 502, gar keinen Sinn.

Vertheidigung verpflichtet zu sein, er bleibt aber das eigentliche Proceßsubject.[43] Und dies bekundet sich wie in der fortdauernden Competenz des einmal angegangenen Gerichts, so nach den heutigen Proceßgrundsätzen[43a] insbesondere darin, daß das zur Restitution verurtheilende Erkenntniß ohne Weiteres auch gegen den Detentor exsequirt werden kann.[44]

Unbedenklich ist es, die laudatio auctoris in der ihr durch das Gesetz gegebenen Gestalt auf alle Klagen auszudehnen, welche gleich der R. V. nicht bloß gegen den juristischen Besitzer, sondern auch gegen den Detentor gehen,[45] wogegen sie über diese Grenze hinaus nicht für statthaft zu halten ist. Sie findet also namentlich auf die hereditatis petitio und das interdictum quorum bonorum keine Anwendung, weil diese Klagen nur gegen den pro herede oder pro possessore possidens, und folglich nicht gegen den Detentor von Erbschaftssachen angestellt werden können, welcher, da er „contemplatione alterius possidet," für sich kein Erbrecht in Anspruch nimmt.[46] Noch weniger ist sie zur Abwehr von Contractsklagen zu gebrauchen, wie Manche für den Fall haben behaupten wollen, wo der Verklagte im Auftrage eines Anderen und mit ausdrücklicher Beziehung auf den Auftrag contrahirt hat. Dieser Umstand macht von der Uebernahme der Vertheidigung keineswegs frei, führt also auch nicht zur Ladung des Auftraggebers, sondern begründet eine exc. doli,[47] und hat, wenn er bewiesen wird, die definitive Absolution des Verklagten zur Folge.

---

43) Vgl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 59 N. 129. Unrichtig ist es, die laudatio auctoris 1) als s. g. exc. deficientis legitimationis ad causam (wie Gönner a. a. O. I. 17 §. 3, Mittermaier a. a. O. III. S. 399 fg.), 2) überhaupt als exceptio (wie Gensler a. a. O. III. S. 421 fg. IV., S. 179 fg., Brackenhoeft: Erörterungen S. 342, Schmid: Handbuch I. §. 66) oder 3) gar als qualificirtes Geständniß (wie Linde a. a. O. I. S. 131) zu behandeln.

43a) Vgl. §. 47 Note 112.

44) Das Verfahren, welches nach den in Note 40 citirten Stellen gegen den geladenen und nicht erschienenen Auctor eintreten soll, kann heut zu Tage keine Anwendung finden, da die Folge der contumacia nicht mehr (wie das R. R. bei dinglichen Klagen annahm) in der translatio possessionis, sondern im einseitigen Beweise des Klagrechts besteht. Vgl. §. 49.

45) Die in Note 40 citirten Stellen sprechen eigentlich nur von einer wegen eines Grundstücks angestellten Eigenthumsklage (in rem actio); es handelt sich also um ihre Anwendung auf bewegliche Sachen und auf andere dingliche und in rem scriptae actiones, wofür sich Glück: Comm. VIII. S. 198 und die daselbst Citirten aussprechen.

46) L. 13 §. 12 D. de H. P. (5, 3).

47) Arg. l. 4 pr. §. 1, 2 D. de re jud. (42, 1), l. 31, 61 D. de proc. (3, 3), l. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7), l. 7 D. quando ex facto tut. (26, 9).

2. Advocaten.*

§. 8.

In den eben betrachteten Fällen handelt es sich um eine Beihülfe, welche den Parteien von dritten mit den factischen Grundlagen des Streitverhältnisses besser unterrichteten Personen gegeben wird. Da aber die Parteien auf Thatsachen nur Bezug nehmen, um Rechte daraus abzuleiten, so müssen sie wissen, welche Thatsachen ihren Zwecken entsprechen, müssen also das ihnen zu Gebote stehende factische Material juristisch zu beurtheilen und unter die einschlagenden Rechtsregeln zu subsumiren verstehen. Dazu kommt, daß in einem geordneten Verfahren das Relevante, um Berücksichtigung zu finden, in bestimmter Folge und Form vorzutragen ist, und daß auch die Anwendung des Rechts in verwickelteren Zuständen eine Kunst wird, welche erlernt und geübt sein will. In allen diesen Stücken pflegen die gewöhnlichen Lebenserfahrungen nicht auszureichen; es macht sich den Parteien das Bedürfniß eines juristisch gebildeten Berathers fühlbar, und dieses Bedürfniß befriedigen die Advocaten.[1]

An sich sind die Advocaten Privatleute, welche ihre Kenntnisse und Geschicklichkeiten zum Besten ihrer Mitbürger verwenden; ein obrigkeitliches Amt bekleiden sie nicht. Jedoch haben die wichtigen Interessen, welche dieses Geschäft vertritt, überall da, wo es angefangen hat, einen besonderen Lebensberuf zu bilden, wie im römischen Reich seit dem 3.,[2] in Deutschland seit dem 15. Jahrhun-

---

Ueber abweichende Ansichten vgl. Mittermaier a. a. O. III. S. 404. Gensler a. a. O. III. S. 422.

*) Tit. Dig. 3,1. C. Th. 2,10 de postulando. Cod. Just. 2,6 de postul. 2, 7 de advocatis diversorum judiciorum. 2, 8 de advoc. divers. judicum. X. 1, 37 de postul. — Jo. Dav. Thönniker: Advocatus prudens in foro civili, Frf. 1703, 1706, 1708, Chemn. et Lips. 1729 4. Volcmanni Manuale advocatorum, auctum a G. Beiero, Lips. 1695, 1708, 1721. C. U. Grupen: Abh. von den Advocaten, Lemgo 1705. Ramdohr: Ueber die Organisation des Advocatenstandes, Hann. 1801. Wangemann gen. von Wangenstein: Der Advocatenstand, Gött. 1811. S. P. Gans: Von dem Amte der Fürsprecher vor Gericht, Hann. 1820, Celle 1827. Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen II, 6 (Von den Advocaten, 1827). Nietzsche: De prolocutoribus, Lips. 1831. Beschorner: Reform des Advocatenstandes in Deutschland, Dresden 1840. Steinacker: Aufgabe des Advocatenstandes, Braunschw. 1841.

1) Ueber den Beruf und die Stellung der Advocaten im Allgemeinen, vgl. Bethmann-Hollweg: Grundriß S. XXXIV fg.

2) Von ihrer Geschichte im römischen Reich handeln Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 165, Bethmann-Hollweg: Handbuch I. §. 16,

dert,[3] die Nothwendigkeit erzeugt, sowohl seine Voraussetzungen, als die mit seiner Ausübung verbundenen Verpflichtungen durch die Gesetze zu normiren. Nach R. R. werden die Advocaten von den Magistraten der verschiedenen Gerichte nach vorgängiger Nachweisung der erforderlichen Rechtskenntnisse in eine Matrikel eingeschrieben.[4] Ihre Zahl ist für jedes Gericht gesetzlich festgestellt.[5] Vom Eintritt ausgeschlossen sind erstlich alle diejenigen, welchen schon der Prätor die Erlaubniß zum Postuliren versagt hatte, nämlich Frauen,[6] Personen, die noch nicht 17 Jahre alt sind,[7] Infame, Blinde,[8] Taube[9] und wie sich bei mündlichem Verfahren von selbst versteht, auch Stumme, zweitens Ketzer und Juden,[10] endlich solche, welche wegen ihres Standes (namentlich der vita cohortalis) dieses ehrenwerthen Berufes unwürdig erscheinen.[11] In Deutschland geht die Anstellung der Advocaten meist vom Landesherrn aus, und dieser ist an jene Bestimmungen des R. R. nicht gebunden,[12] wo-

---

Der röm. C. Pr. I. S. 114, 186, II. S. 205, III. S. 161, Puchta: Cursus der Inst. II. §. 155, Keller: Der röm. C. Pr. §. 55. In der Zeit der Republik unterschied man zwischen patronus und advocatus (Schol. ad Cic. divin. §. 11 [Orell. p. 104]: „Qui defendit alterum in judicio, aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus, si aut jus suggerit aut praesentiam suam accommodat amico“ —); in der Kaiserzeit verschwindet dieser Unterschied, und die Ausdrücke patronus, advocatus und causidicus werden gleichbedeutend gebraucht.

3) In Deutschland kommen Fürsprecher oder Redner schon viel früher mit ganz ähnlichen Functionen wie die römischen advocati und patroni vor, ein besonderer Stand scheinen sie aber erst mit dem Eindringen des fremden Rechts geworden zu sein. Vgl. Maurer: Gesch. des öffentlich-mündlichen G. V. §. 13, §. 96—100.

4) L. 11 §. 1, l. 17 pr. C. de adv. div. judiciorum (2, 7), l. 3 §. 4, l. 5 §. 4 C. de adv. div. judicum (2, 8).

5) L. 3, 5 pr., l. 7 pr. C. eod. (2, 8), l. 13 C. de adv. div. judiciorum (2, 7).

6) L. 1 §. 5 D. de postul. (3, 1), l. 2 D. de R. J. (50, 17).

7) L. 1 §. 3 D. de postul. (3, 1).

8) L. 1 §. 5, 8 D. eod. (3, 1).

9) L. 1 §. 3 D. eod. (3, 1).

10) L. 8 C. eod. (2, 6), l. 8 C. de haeret. (1, 5), nov. 144. c. 2. Vgl. auch c. 13 §. 5 X. de haeret. (5, 7).

11) L. 11 §. 1, l. 17 pr. C. de adv. div. judiciorum (2, 7). Auch untersagt das C. R. den Clerikern, als Advocaten in weltlichen Sachen vor den weltlichen Gerichten aufzutreten, und den weltlichen Gerichten, Excommunicirte als Advocaten zuzulassen. Cf. c. 1 X. de postul. (1, 37), c. 8 in VI. de sent. excomm. (5, 11).

12) Ueber die Infamie insbesondere vgl. Savigny: System II. S. 225. Uebrigens galten Bestimmungen, welche denen des R. R. ähnlich waren, auch für die Advocaten des R. K. Gerichts — K. G. O. von 1555 I. 18 §. 1 —, und ihnen ist wieder die Gesetzgebung mancher Territorien gefolgt. Jedenfalls ist die Frage, wie und unter welchen Voraussetzungen die Advocaten angestellt werden, eine staatsrechtliche, und deshalb nicht nach R. R. zu entscheiden.

gegen der Richter immer noch als berechtigt anzusehen ist, einen angestellten Advocaten, soweit seine natürliche Unfähigkeit reicht, und aus Gründen der Disciplin von den Geschäften der Advocatur fern zu halten.

In Verbindung mit dieser Auctorisation nun stehen entsprechende Pflichten, welche durch einen Eid bestärkt werden, nach R. R. bei Einleitung jedes Processes in Beziehung auf diesen,[13] nach deutscher Rechtssitte beim Eintritt in die Advocatur für deren ganze Dauer.[14] Die Advocaten sind nämlich verpflichtet, 1) wissentlich keine ungerechte Sache zu übernehmen und zu behalten,[15] 2) ohne Grund Niemanden ihren Beistand zu versagen und zu entziehen,[16] und 3) übernommene Sachen mit rechten Treuen gegen die eigene,[17] und ohne Chicane gegen die andere Partei zu führen,[18] in Sonderheit die ihnen anvertrauten oder zufällig bekannt gewordenen Geheimnisse und Behelfe ihrer Partei zu deren Schaden

13) L. 14 §. 1 C. de jud. (3, 1).

14) Der Eid der R. K. Gerichts-Advocaten lautete nach der K. G. O. von 1555 I. 64 so: „Die Advocaten des Kayserlichen Cammer-Gerichts sollen — schwören, daß sie die Partheyen, dero Sachen sie zu handeln annehmen, mit gantzen und rechten Treuen meynen, in solchen Sachen nach ihrem besten Verständniß den Partheyen zu gut mit Fleiß handeln, und darin wissentlich keinerley Falsch, Gefährde noch Unrecht brauchen, auch mit denen Partheyen keinerley Vorgeding oder Vorwort, ein Theil von der Sache, deren Advocaten sie seynd, zu haben oder zu gewarten, machen, darzu Heimlichkeit und Behelff, so sie von den Partheyen empfahen, oder Unterrichtung der Sachen, die sie von ihnen selbst merken werden, ihren Partheyen zum Schaden niemanden offenbahren, das Gericht und die Gerichtspersonen ehren, fördern, Ehrbarkeit vor Gericht brauchen und Lästerung bei Pöen nach Ermeßigung des Gerichts sich enthalten, auch die Partheyen über den Sold oder Lohn, der ihnen nach laut der Ordnung über das Cammer-Gericht gebühret, mit Mehrung oder anderm Geding nicht beschwehren oder erhöhen, und ob des Soldes oder Lohns halben zwischen ihnen und denen Partheyen Irrung und Spän entstünden, da soll es bleiben bei dem Cammer-Richter und Urtheilern, die er zu ihm nehmen oder denen er das befehlen wird, und wie sie durch dieselbe entschieden werden, daß sie daran begnügig sein und es darbey beruhen lassen, sich auch der Sachen, so sie angenommen haben, ohne redliche Ursache nicht entschlagen, sondern im Namen ihrer Partheyen biß zu End des Rechtens handeln wollen, ohn alle Gefährde." — Vgl. auch K. G. O. von 1495 tit. 5, von 1500 tit. 15, Conc. der K. G. O. von 1613 I, 76.

15) L. 14 §. 1 C. de jud. (3, 1), J. R. A. §. 120 a. E.

16) Arg. l. 7 C. de postul. (2, 6), l. 13 §. 9 C. de jud. (3, 1), sodann Vis. A. von 1551 §. 4, von 1556 §. 29, D. A. von 1557 §. 41.

17) L. 14 §. 1. C. de jud. (3, 1) [„— quod omni quidem virtute sua omnique ope, quod verum et justum existimaverint, clientibus suis inferre procurabunt, nihil studii relinquentes, quod sibi possibile est"], Vis. Mem. von 1557 §. 1, von 1578 §. 4, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 49, 8.

18) L. 6 §. 1 C. de postul. (2, 6) [„— agant quod causa desiderat, temperent se ab injuria"], §. 4 eod. [„Nemo ex industria protrahat jurgium"], l. 13 §. 9 C. de judic. (3, 1), J. R. A. §. 120.

Niemanden zu offenbaren, und auf die Sammlung vollständiger Manualacten zu achten.[19] Daneben wird von ihnen erwartet, daß sie auch außerhalb der Ausübung ihres Berufes ein ihrem Stande angemessenes Verhalten beobachten,[20] und daß sie in den Processen, in denen sie thätig werden, eben so wie die Parteien selbst, der Proceßordnung, dem Gericht und der Gegenpartei die schuldige Rücksicht erweisen.[21] Pflichtwidrigkeiten, die sie sich in der einen oder anderen Beziehung zu Schulden kommen lassen, können den Character eines gemeinen Verbrechens (z. B. den der Prävarication, der injuria publica u. s. w.) haben,[22] jedenfalls aber sind sie als Disciplinarvergehen zu betrachten, und werden als solche je nach den Umständen mit einem Verweise, mit Geld, Gefängniß, temporärer Suspension, und möglicher Weise sogar mit der Entziehung der Praxis bestraft.[23] Dabei macht es für die Competenz einen Unterschied, ob sie bei Führung eines einzelnen Processes Statt gefunden haben, oder ob sie, wennschon vielleicht in einer solchen Beziehung stehend, von weiterer Bedeutung sind, und die sittliche Qualification des Advocaten im Allgemeinen verdächtigen. Dort ist schlechthin das Gericht der Hauptsache befugt, die Strafe zu erkennen, allerdings ohne bis zur Absetzung oder auch nur zu temporärer Suspension gehen zu dürfen; hier steht die Ahndung den oberen Gerichten zu, und beruht auf der administrativen Disciplinargewalt, welche denselben über ihre Untergebenen und somit auch über die bei ihnen selbst und bei den niederen Gerichten ihres Sprengels concessionirten Advocaten verliehen ist.[24] In

---

19) J. R. A. §. 65.

20) K. G. O. von 1555 I. 52 §. 2, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 66 §. 2.

21) Im Allgemeinen vgl. K. G. O. von 1507 (Reg.) tit. 7 §. 1, 2, von 1521 tit. 20, von 1523 tit. 7 §. 13, von 1527 §. 19, von 1555 I. 52, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 66, J. R. A. §. 165, R. H. O. von 1654 tit. 7 §. 4.

22) Cf. l. 1 pr. D. de praevar. (47, 15), l. 4 §. 4 D. qui not. inf. (3, 2), C. C. C. art. 115, — l. 1 §. 6 D. ad leg. Corn. de fals. (48, 10), — und im Allgemeinen K. G. O. von 1521 tit. 20, von 1555 I. 52 §. 1 (verb. „sofern er nach Gelegenheit der Verwürckung vermög dieser Ordnung und gemeiner Recht keine größere Pön verschulden"), Conc. der K. G. O. von 1613 I. 66 pr.

23) L. un. pr. D. si quis jus dic. n. obt. (2, 3), l. 6 §. 1, l. 7, 8 D. de postul. (3, 1), l. 6 §. 7 D. mand. (17, 1), l. 9 pr. §. 1—4 D. de poenis (48, 19), l. 3 §. 1 D. de decur. (50, 2), l. 14 §. 2 C. de adsessor. (1, 51), l. 1, 5, 7 C. de postul. (2, 6), l. 18 (rest.) C. de adv. div. judiciorum (2, 7), l. 7 §. 2, l. 9 C. de adv. div. judicum (2, 8), l. 13 §. 9 C. de jud. (3, 1), l. 12 C. de except. (8, 36) — ferner die in Note 21 angeführten Reichsgesetze, und die R. H. O. von 1654 tit. 7 §. 16.

24) Es normiren in dieser Beziehung wesentlich dieselben Gesichtspuncte,

beiden Richtungen aber schließt die Strafbefugniß die geringere Berechtigung in sich, die Advocaten zur Erfüllung der ihnen obliegenden Pflichten anzuweisen. Da, wo ihre Concession an einen bestimmten Aufenthaltsort gebunden ist, kann ihnen bei längerer Abwesenheit die Rückkehr an den Aufenthaltsort aufgegeben werden, weil sie sich ohne Erlaubniß nicht auf längere Zeit entfernen dürfen.[25] Hat sich eine Partei vergeblich um einen Advocaten bemüht, so wird ihr ein solcher beigeordnet,[26] und demselben, wenn die Partei arm ist, sogar die Stundung der Gebühren zugemuthet,[27] dann aber bei der Auswahl nach einem regelmäßigen Turnus verfahren.[28] Schriften, welche ungebührliche Aeußerungen enthalten, werden zum Zweck der Emendation zurückgegeben,[29] oder statt dessen die anstößigen Stellen, wenn es ohne Eintrag für den sachlichen Inhalt geschehen kann, von Amts wegen delirt.

Die Thätigkeit der Advocaten ist wesentlich verschieden von der der Procuratoren. Während diese, ohne rechtskundig sein zu müssen, ihre Mandanten vertreten, d. h. ganz an deren Stelle handeln, haben die Advocaten die Aufgabe, rechtlichen Rath zu ertheilen, demzufolge bei mündlicher Verhandlung im Beisein ihres Clienten Vorträge zu halten (postulare,[29a] adesse,[30] causam

---

welche unten in §. 38 für das Verhältniß der Untergerichte zu den Obergerichten werden aufgestellt werden. Vgl. Strippelmann: Neue Sammlung bem. Entsch. des O. A. G. zu Cassel, IV. 2 S. 119 fg.

25) Cf. l. 7 §. 2 C. de adv. div. jud. (2, 8), Vis. A. von 1551 §. 3, K. G. O. von 1555 I. 19 §. 6, Vis. A. von 1556 §. 38, Dep. A. von 1557 §. 21, 46, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 32 §. 6, 7, G. B. vom 17. Aug. 1661.

26) L. 9 §. 5 D. de off. proc. (1, 16), l. 1 §. 4 D. de postul. (3, 1) [„Ait Praetor: Si non habebunt advocatum, ego dabo"].

27) Arg. l. 13 §. 9 C. de jud. (3, 1) [„— honorariis scilicet a clientibus, qui dare possunt, dissertissimis togatis omnimodo praestandis"], vgl. mit den Stellen der vorigen Note. Entschieden wird jene Pflicht von dem Schw. Ldr. (ed. Gengler) c. 71 §. 4 und den Reichsgesetzen anerkannt — K. G. O. von 1495 tit. 23 §. 1, von 1555 I. 19 §. 5, D. A. von 1600 §. 12, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 31 §. 10. — Jedoch soll der Advocat nach der Ansicht des R. K. Gerichts die Gerechtigkeit einer überwiesenen Sache prüfen dürfen. Vgl. Gem. B. vom 7. Juli 1696. A. M. Schmid: Handbuch I. §. 75, wogegen aber zu vgl. Gans a. a. O. S. 193.

28) S. die in der vorigen Note citirten Reichsgesetze.

29) K. G. O. von 1555 I. 52 §. 1, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 66 pr., Vis. A. von 1713 §. 101.

29a) A. Gellii N. A. I. 22, V. 5, l. 1 §. 2 D. de postul. (3, 1) [„Postulare autem est, desiderium suum vel amici sui in jure apud eum, qui jurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere"], l. 1 §. 2 D. de poenis (48, 19), l. 1 C. de princip. agent. in reb. (12, 22).

30) L. 6 §. 1 D. de postul. (3, 1) [„Si quis advocationem praestare fuerit prohibitus, si quidem apud se, — puto eum postea apud successorem ejus adesse posse"], l. ult. D. eod., l. 5 §. 11 D. de his quae ut

agere[31]), und im schriftlichen Verfahren unter Beifügung ihres Namens die vom Clienten zu überreichenden Eingaben abzufassen.[32] Sie liefern also nur den Stoff zu den processualischen Handlungen eines Anderen, und dazu bedürfen sie keiner Vollmacht; der eigentlich Handelnde ist immer der Client selbst, von dem man namentlich annimmt, er eigne sich die in seiner Gegenwart gestellten Anträge schon durch sein Schweigen an,[33] sofern er nicht sogleich oder wenigstens innerhalb der ersten drei Tage dagegen protestirt.[34] Ob übrigens die Parteien einen Advocaten annehmen wollen, steht in ihrem freien Ermessen, und nur zur Abfassung schriftlicher Eingaben und Recesse, wenn sie dazu selbst nicht befähigt sind, müssen sie sich eines Advocaten bedienen.[34a]

Nicht ohne Schwierigkeit ist die Beantwortung der Frage, was für ein Rechtsverhältniß zwischen dem Advocaten und seinem Clienten bestehe. Als Dienstmiethe kann dasselbe nicht aufgefaßt werden, weil die Dienste des Advocaten keinen Marktpreis haben,

---

indign. (34, 9), l. 19 §. 1 D. de donat. (39, 5), l. 9 pr. D. de poenis (48, 19), l. 1 §. 11 D. de extraord. cogn. (50, 13), und Brissonius de V. S. s. v. adesse.

31) L. 10 D. de postul. (3, 1), l. 38 §. 1 D. loc. cond. (19, 2), l. 1 §. 11 D. de extraord. cogn. (50, 13), l. 1 C. de postul. (2, 6), l. 6 C. de adv. div. judiciorum (2, 7).

32) L. 2 C. de errore adv. (2, 10) [„— qui desideria, id est preces scribunt"]. Die Namensunterschrift fordern Vis. Mem. von 1578 §. 3, 4, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 49, §. 8.

33) L. 1 C. eod. (2, 10).

34) L. 3 C. eod., c. 62 X. de appell. (2, 28). Vgl. dazu Bethmann-Hollweg: Versuche S. 314, und über die verschiedenen Ansichten, zu denen die erste dieser Stellen mehr den Vorwand, als den Grund gegeben, Linde: Abhandlungen I. 5. §. 4, Schmid: Handbuch I. S. 231. Unrichtig ist es, von einer restitutio propter errorem advocati zu reden, da, wenn der Advocat nicht zum Procurator bestellt worden ist, nicht sein Irrthum den Restitutionsgrund abgeben kann, sondern nur der Irrthum der selbst handelnden Partei. Auch gibt es keine Restitution ex culpa advocati, sondern nur eine solche ex culpa procuratoris. Vgl. §. 10 a. E., §. 53 Note 23, und Gensler im Arch. für civil. Pr. IV. S. 117.

34a) Diese Regel ist durch die Particularrechte ausgebildet worden. Vgl. Wagner: Grundzüge der Gerichtsverfassung und des untergerichtlichen Verfahrens in Kurhessen §. 102, Trotsche: Der Mecklenburgische C. Pr. I. S. 447 N. 5., Francke: Der gemeine deutsche und Schleswig-Holsteinische C. Pr. I. §. 87, 88, so wie Codex juris Bavar. jud. IV, 10. Offenbar handelt es sich dabei um eine Maaßregel, welche gegen die s. g. deutschen oder Winkeladvocaten gerichtet ist. Bei dem R. K. Gericht waren Advocaten und Procuratoren angestellt. In dem dort üblichen Verfahren durch schriftliche Recesse mußte sich jede Partei eines Procurator bedienen, eines Advocaten nicht; wollte sie aber einen Advocaten gebrauchen, so konnte sie „einen aus den geschwornen Advocaten des Cammer-Gerichts oder anderer Ort nehmen." Vgl. K. G. O. von 1555 I. 19 §. 2, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 31 §. 5. S. auch §. 10 in.

nicht operae illiberales sind; eben so wenig als Mandatsverhältniß, weil der Advocat kein Geschäft des Clienten besorgt,[35] falls ihm nicht etwa die Führung des Processes aufgetragen worden ist, in welchem Fall er gewissermaßen in doppelter Eigenschaft thätig wird, und neben den Rechten und Pflichten des Advocaten auch die des Procurator hat. Ueberhaupt aber wird der Gedanke an contractliche Beziehungen dadurch ausgeschlossen, daß die Dienste, welche der Advocat innerhalb der Sphäre seines eigentlichen Berufs leistet, in gleicher Art wie die des Rechtsconsulenten, des Lehrers, des Arztes, des agrimensor u. s. w., kein Vermögensinteresse darbieten. Sie werden vielmehr außercontractlich, als Gefälligkeit („beneficii loco") geleistet,[36] gegen den Advocaten findet nur eine Delictsklage wegen dolus und culpa Statt,[37] und die Vergütung, welche seinerseits der Client zahlt, wird nicht sowohl als ein Lohn (merces), wie als eine Belohnung, Remuneration angesehen und deshalb „honorarium" genannt.[38]

Was aber das Honorar insbesondere anbelangt, so galt bei den Römern die Annahme eines solchen in früherer Zeit nicht für anständig; sie wurde durch die lex Cincia verboten, und unter Augustus sogar mit der Strafe des vierfachen Ersatzes bedroht. Es stellte sich jedoch bald heraus, daß dieses absolute Verbot nicht durchführbar sei. Die immer wiederkehrenden Uebertretungen nöthigten zu einer Milderung desselben, und ein unter Kaiser Claudius erlassenes Senatusconsult erlaubte daher den Advocaten,

---

35) Mandat: Bayer: Vorträge §. 98 (8. Aufl.), Linde: Lehrbuch §. 125 a. E., Schmid: Handbuch I. §. 75 Note 10, — Dienstmiethe: Struben: Rechtl. Bedenken I. 172, — Innominat-Realcontract: Gensler: Commentar I. S. 115 fg., und über diese verschiedenen Ansichten Jordan im Arch. für civil. Pr. XII. S. 200 fg.

36) Hierüber vgl. l. 1 pr. D. si mensor falsum modum dix. (11, 6) und Meyerfeld: Die Lehre von den Schenkungen I. S. 58.

37) An sich würde der Advocat nur für dolus und culpa lata haften. Arg. l. 1 §. 1, l. 5 pr. D. si mensor falsum modum dix. (11, 6). Weil ihn aber die Reichsgesetze (Note 17) zur höchsten Sorgfalt verpflichten, so muß er auch wegen culpa levis, etwa nach Analogie der l. 6 §. 7 D. de off. praes. (1, 18), l. 7 §. 8, l. 8 pr. §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2), §. 6—8 I. eod. (4, 3) belangt werden können. Vgl. Struben: Rechtl. Bedenken I. 52, und über die ähnliche Haftung des Richters den §. 36 N. 14.

38) Die l. 1 pr. D. si mensor (11, 6) sagt in Beziehung auf das ähnliche Verhältniß des agrimensor: „— et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari." Im natürlichen Sinn wird das Honorar allerdings auch „merces" genannt. So heißt es in l. 27 D. de donat. (39, 5) vom Schüler, der seinem Lehrer freie Wohnung gegeben, „officium magistri quadam mercede remuneratum", womit die beiderseitigen Leistungen im Sinn des Textes passend bezeichnet werden.

bis zum Betrag von 100 aurei (10,000 Sesterzen) für die einzelne Sache Belohnungen anzunehmen. Dagegen blieb in Betreff dessen, was über dieses Maximum hinaus gegeben oder versprochen wurde, wie noch das justinianeische Rechtsbuch bezeugt, das ursprüngliche Verbot in Kraft.[39] Inzwischen ging Nero noch einen Schritt weiter. Er verpflichtete den Clienten zur Zahlung eines angemessenen Honorars auch ohne besondere Zusage,[40] und legte dadurch den Magistraten die Befugniß bei, extra ordinem das in Anspruch genommene Honorar der Dauer des Processes, der Tüchtigkeit des Advocaten und der Sitte des Gerichts entsprechend, jedoch selbstverständlich innerhalb des gesetzlichen Maximalbetrages,[41] zu bestimmen und beizutreiben. Freiwillige Gaben und Versprechen aber würden dadurch dem richterlichen Ermessen nicht unterworfen[42] — es wären sonst alle solche Zuwendungen bedeutungslos gewesen[43] —, und auf einem wesentlich anderen Gesichtspunct beruht es, daß das Ausbedingen einer Belohnung für den Fall des Sieges, weil es zu Ränken und Chicanen verleitete, als unsittlich und unverbindlich angesehen wurde,[44] einerlei, ob es die einfache Form eines

---

39) Ueber das ältere Recht vgl. Unterholzner im Rhein. Museum II. S. 438 Note 2, Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 166, und über das just. Recht l. 1 §. 10, 12 D. de extraord. cogn. (50, 13), l. 3 C. de post. (2, 6).

40) Daß diese zur Zeit der classischen Juristen (s. die folgende Note) in Kraft befindliche Verpflichtung auf den Kaiser Nero zurückzuführen ist, ergibt sich aus Sueton. Nero c. 17, wo die Worte eines von ihm veranlaßten Senatusconsults dahin lauten: „ut litigatores pro patrociniis certam justamque mercedem darent“.

41) L. 1. §. 10, l. 4 D. de extraord. cogn. (50, 13), l. 13 §. 9 C. de jud. (3, 1).

42) Dafür, daß hier eine richterliche Ermäßigung eintreten könne, läßt sich die l. 1 §. 12 D. de extr. cogn. (50, 13) verb. „peti poterit usque ad probabilem quantitatem“ nicht anführen. Die „probabilis quantitas“ ist das beweislich festzustellende Object des Versprechens.

43) Die l. 6 §. 2 C. de post. (2, 6) will dem Advocaten wohl nicht schlechthin alle Verträge mit dem Clienten verbieten, sondern nur solche, welche contra bonos mores sind, also übervortheilende (Bülow: Abhandl. I. S. 155 fg.) und Versprechungen, von denen er die Uebernahme des Patrocinium abhängig macht (Jordan a. a. O. S. 209). Die letzteren werden, namentlich in Bezug auf „jährlich Dienst- oder Wartegeld,“ auch von den Reichsgesetzen verboten, welche auch „andere pacta, de quota litis, remuneratoria oder sonst unziemliche, ungebührliche und beschwerliche Conventiones“ für unverbindlich und unkräftig erklären; die Advocaten „sollen, wo sie sich sonst der Billigkeit mit der Parthehen guten Willen (doch außerhalb der obbemeldeten verbotenen Pacten) nicht vergleichen könnten, mit der richterlichen Taxe begnügen lassen“. Vgl. K. G. O. von 1495 tit. 15 §. 1, von 1500 tit. 15, von 1555 I. 46, Vis. A. von 1556 §. 33, Dep. A. von 1557 §. 43, Vis. Mem. Proc. von 1559 pr., Conc. der K. G. O. von 1613 I. 60 §. 1.

44) Die l. 5 C. de post. (2, 6) droht sogar die Strafe der Absetzung an. Vgl. auch l. 6 §. 7 D. mand. (17, 1).

bedingten Versprechens (des Versprechens eines palmarium) hatte,[45] oder ob es eine über das Condemnationsobject eingegangene Societät (pactum de quota litis),[46] oder in eine redemtio litis gekleidet war.[47] — Diese von Justinian bestätigten Grundsätze haben im Ganzen nun auch in Deutschland Aufnahme gefunden, jedoch nicht ohne einzelne erhebliche Modificationen. Das Maximum von 100 aurei ist in Vergessenheit gerathen.[48] Ferner sind particularrechtlich bald nach der Bildung eines Advocatenstandes für die einzelnen Handlungen der Advocaten gesetzliche Taxen oder wenigstens Taxationsnormen aufgestellt worden, welche das richterliche Ermessen, wenn es vom Clienten oder von dem zum Kostenersatz verurtheilten Gegner, oder auch vom Advocaten selbst angerufen werden sollte, auf die Prüfung und Feststellung der gemachten Ansätze beschränken,[49] gütliche Einigungen, Zusagen und Zuwendungen aber innerhalb der vom R. R. fixirten sittlichen Schranken nicht ausschließen.[50] Auch wird die im R. R. nur bei dem

---

45) L. 1 §. 12 D. de extraord. cogn. (50, 13) [„Si cui cautum est honorarium, vel si quis de lite pactus est, videamus an petere possit? Et quidem de pactis ita est rescriptum ab Imperatore nostro et divo patre ejus: Litis causa malo more pecuniam tibi promissam ipse quoque profiteris. Sed hoc ita est, si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio pollicetur; si vero post causam actam cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etsi nomine palmarii cautum sit, sic tamen, ut computetur id, quod datum est cum eo, quod debetur, neutrumque compositum licitam quantitatem excedat. Licita autem quantitas intelligitur pro singulis causis usque ad centum aureos"]. — Aus dieser Stelle, der einzigen, welche vom palmarium handelt, ist übrigens eben so oft die Zulässigkeit wie die Unzulässigkeit desselben abgeleitet worden — vgl. Struben: Rechtl. Bedenken I. 104, Jordan a. a. O. S. 192 fg. — für die oben aufgestellte Ansicht aber spricht, abgesehen von den daneben angedeuteten inneren Gründen, der Umstand, daß der Jurist das, was er suspensa lite (d. h. während des Processes, nicht, wie Jordan S. 213 will, vor demselben) societas futuri emolumenti nennt, post causam actam als eine „honoraria summa" — „etsi nomine palmarii cautum sit" bezeichnet. Dies entspricht auch dem Geist der Reichsgesetze (s. vor. Note) und der Praxis des R. K. Gerichts, wie die Gem. Besch. vom 7. April 1608 und vom 25. Mai 1693 §. 6 beweisen.

46) L. 1 §. 12 D. cit., l. 53 D. de pactis (2, 14), l. 5 C. de post. (2, 6).

47) Quinctil. Inst. orat. XII, 7 i. f., l. 9 §. 2 D. de off. proc. (1, 16), l. 6 §. 7, l. 7 D. mand. (17, 1), l. 20 pr. C. eod. (4, 35), l. 15 C. de proc. (2, 13), und über die Bedeutung der redemtio litis Mühlenbruch: Cession S. 362 fg.

48) Vgl. Gans a. a. O. S. 186, Jordan a. a. O. (Note 35) XII. S. 216, Heffter: System §. 171 Note 24, Francke: Der gem. deutsche und Schl.-Holst. C. Pr. §. 87 Note 3.

49) Vgl. Maurer: Gesch. des öff. mündl. G. V. §. 97. Bei dem R. K. G. wurde jede einzelne Handlung gerichtlich taxirt; eine Tax-Ordnung für die eigentlichen Advocatur-Geschäfte gab es nicht.

50) Dafür, daß heut zu Tage der Richter die versprochene Summe er-

advocatus fisci vorkommende[51] Auswerfung eines Jahresgehalts als einer Vergütung für alle im Lauf des Jahres zu leistenden Dienste für allgemein zulässig gehalten,[52] und zwar mit der Wirkung, daß die Erben des Advocaten das vorausbezahlte Gehalt niemals zurückzugeben brauchen,[53] das rückständige dagegen nicht wie die Erben des advocatus fisci für das ganze Jahr,[54] sondern nur bis zum Todestag in Anspruch nehmen können.[55] In processualischer Beziehung aber hat das gerichtlich zuzubilligende Honorar vor dem versprochenen den Vorzug erhalten, daß es, insoweit es nicht bereits durch frühere Zahlungen, Vorschüsse oder Schenkungen gedeckt worden ist,[56] auf einseitigen Antrag vom Gericht der Hauptsache[57] und im Zusammenhang mit dem Hauptverfahren[58] sofort executivisch beigetrieben wird.[59] Natürlich geht dieser Antrag nur gegen den Clienten selbst, nicht gegen die diesem urtheilsmäßig zum Ersatz der Kosten und damit auch der Advocatengebühren verpflichtete Gegenpartei, außer in zwei Fällen. Einmal nämlich, wenn dem Advocaten die Judicatsklage bezüglich dieser Gebühren freiwillig cedirt, oder was man bei zweifelhafter Solvenz des Clienten für zulässig zu halten hat, durch richterliches Decret an Zahlungs Statt zugesprochen worden ist;[60] und zweitens, wenn ein Advocat seine eigene Sache geführt und die Verurtheilung des

---

mäßigen, und die gegebene nach seinem Ermessen dem Clienten theilweise restituiren lassen dürfe, wie Gans und Heffter a. a. O. (Note 48) anzunehmen scheinen, daß also das richterliche Ermäßigungsrecht an die Stelle des gesetzlichen Maximum getreten sei, möchte kaum eine constante Praxis nachgewiesen werden können.

51) L. 15 §. 1 C. de adv. div. judiciorum (2, 7), l. 3 §. 6, l. 5 §. 6 C. de adv. div. judicum (2, 8).

52) Gaill: Obs. I, 44 nr. 12, Glück: Commentar V. S. 123.

53) Dies gilt auch von dem vorausbezahlten Honorar — l. 1 §. 13 D. de extr. cogn. (50, 13), l. 38 §. 1 D. locati (19, 2) —, außer wenn der Verstorbene die Leistung der übernommenen Dienste versäumt oder verweigert hatte — l. 4, 11 C. de cond. ob caus. dat. (4, 6) —.

54) L. 15 §. 1 C. de adv. div. judiciorum (2, 7).

55) Dies ist streitig, manche Juristen wenden das, was vom advocatus fisci gilt, auch auf die Advocaten der Privaten an. Die Natur der Sache spricht aber dafür nicht. Vgl. Glück V. S. 123 fg.

56) L. 1 §. 12 D. de extr. cogn. (50, 13), Dep. A. von 1557 §. 43, Vis. Mem. Proc. von 1559 pr., Conc. der K. G. O. von 1613 I. 60, 4.

57) S. §. 41 Note 67.

58) Hiervon wird unten in §. 63 die Rede sein.

59) Vis. Mem. Jud. et Ass. von 1559 §. 13, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 60 §. 7. Vgl. auch Gaill: Obs. I. 44 nr. 5, Glück V. S. 127, Gans a. a. O. S. 193.

60) Der im Text aufgestellte und in manchen Ländern befolgte Grundsatz rechtfertigt sich schon aus der Natur der Sache, und findet eine Bestätigung in l. 30 D. de proc. (3, 3).

Gegners zum Kostenersatz erwirkt hat, wo er für seine Mühewaltungen dieselben Gebühren fordern kann, welche er bei Führung einer fremden Sache verdient haben würde.[61] Ein indirectes Mittel zur Erlangung der Deserviten ist die Retention der nach erfolgter Zahlung an den Clienten herauszugebenden Manualacten.[62]

Von der processualischen Vertretung.*

§. 9.

Wenn eine Partei an der Vornahme der zur Führung eines Processes erforderlichen Handlungen durch äußere Verhältnisse z. B. Abwesenheit, Berufsgeschäfte, Krankheit), oder durch innere dem Willen anhaftende Mängel verhindert ist, so entsteht für sie das Bedürfniß eines Vertreters, welcher, ohne gerade rechtskundig zu sein, ihre Geschäfte vor Gericht mit derselben juristischen Wirkung zu besorgen vermag, wie wenn sie selbst handelte.[1] Der Befriedigung dieses Bedürfnisses stand im Verfahren per legis actiones der Umstand entgegen, daß die hier vorgeschriebenen Worte in dem Sprechenden eine persönliche Betheiligung an dem streitigen Recht voraussetzen.[2] In dem Formularproceß dagegen

---

61) Vgl. Glück V. S. 118, Gesterding a. a. O. (Note *) II. S. 296 fg. und besonders Busch im Arch. für civ. Pr. XVI. 10. Früher war dieser Anspruch des Advocaten bestritten — vgl. Busch S. 271 —, in neuerer Zeit wird er allgemein anerkannt. Das Honorar ist hier wie überall eine Vergütung für die aufgewandte Mühe, und der Anspruch auf dasselbe ist daher nicht, wie manche Aeltere annahmen, von dem Beweise abhängig, daß durch die Führung der eignen Sache andere gewinnreiche Arbeiten verhindert worden seien. Auf Grund dieses Beweises würde eine Partei, die nicht Advocat ist, Ersatz des versäumten Erwerbes fordern können.

62) Vis. Mem. vom 18. Mai 1574 §. 4, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 60 §. 8.

*) Gai. IV. 82—87, 97—101. Pauli R. S. I, 2 de cognitoribus. 3 de procuratoribus. Fr. Vat. tit. 7 de cognitoribus et procuratoribus. Tit. Inst. 4, 10 de iis, per quos agere possumus. 11 de satisdationibus. Dig. 3, 3 de procuratoribus et defensoribus. 46, 7 judicatum solvi. 8 ratam rem haberi. Cod. 2, 13. X. 1. 38. Lib. VI. 1, 19. Clem. 1, 10 de procuratoribus. — J. H. Boehmer: Diss. de dominio litis, Halae 1709, 1738. Dapp: Versuch über die Lehre von der Legit. zum Proceß, Frkf. 1789, 1829. Keller: Ueber L. C. und Urtheil §. 37—44; Der röm. C. Pr. §. 52—54. Bethmann-Hollweg: Versuche, Nr. 3; Der röm. C. Pr. I. §. 32 N. 1, §. 33, II. S. 416—451, III. S. 167 fg. Krüger: Proc. Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses §. 14. — Eine Zusammenstellung der auf die processualische Vertretung bezüglichen Stellen des Edicts findet sich bei Rudorff in der Zeitschr. für R. G. IV. S. 71—87.

1) Pr. I. de iis, per quos (4, 10), l. 1. §. 2, l. 33 §. 2 D. de proc. (3, 3).

2) L. 123 pr. D. de R. J. (50, 17) [„Nemo alieno nomine lege agere potest"], Gai. IV. 82, pr. I. de iis, qer quos (4, 10). Ueber die Ausnahmen

wurde die Streitabsicht mit ungebundenen Worten erklärt, und da das dazu Erforderliche auch von anderen als den sachlich betheiligten Personen ausgesprochen werden konnte, so nahm der Prätor keinen Anstand, in dieser Proceßform sowohl gewillkührte, als gesetzliche Vertreter zuzulassen.[3] Immerhin aber war die Gestaltung des Repräsentationsverhältnisses nicht ohne Schwierigkeit. Zwar konnte kaum in Frage kommen, ob der Vertreter bloß in der Art mitzuwirken habe, daß er als nuncius die Entschließungen des dominus vor Gericht kund gebe. Denn da das Verfahren ein mündliches war, so ließen sich außergerichtlich vorgenommene Handlungen unmöglich als gerichtliche (processualische) ansehen, wie es doch geschehen wäre, wenn der dominus, statt persönlich zu erscheinen, das Gericht von seinen Entschließungen durch den Vertreter hätte benachrichtigen dürfen. Zudem war der dominus, falls ihm ein gesetzlicher Vertreter zur Seite stand, entweder handlungs- oder dispositionsunfähig, und deshalb ohnehin nicht im Stande, processualische Handlungen vorzunehmen. Es blieb also nichts Anderes übrig, als den Vertreter an Statt des dominus handeln zu lassen, und seine Stellung als die eines wahren Repräsentanten aufzufassen. Nach dieser Auffassung war es der Vertreter, welcher selbstwollend die Proceßführung besorgte, und in dem eben darum die aus derselben entspringenden Rechtsverhältnisse existent wurden. Dadurch daß er Litem contestirte und das judicium begründete, trat er als Partei, oder wie die Römer es wohl ausdrücken, als „dominus litis" in das judicium ein,[4] auf seinen Namen wurde das Urtheil gestellt, und selbstverständlich war er es also auch, an dessen Person, mochte er den Kläger oder den Verklagten vertreten, die a. judicati haftete.[5] Die Vortheile und Nachtheile aber, welche für das Vermögen des Vertreters aus dem

---

vgl. Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 155, Puchta: Cursus der Inst. II. §. 156, Keller: Der röm. C. Pr. §. 54.

3) Auf die schon aus der Natur der Sache sich ergebende Vermittelung des Prätor weisen noch besonders hin l. 8 §. 3, l. 33 §. 3 D. de proc. (3, 3).

4) L. 11 pr. D. de doli mali exc. (44, 4) [„Litis contestatione res procuratoris fit, eamque suo quodammodo nomine exsequitur"], l. 4 §. 5 D. de appell. (49, 1) [„— procurator lite contestata dominus litis efficitur"], l. 22, 23 C. de proc. (2, 13). In der Formula wurde deshalb die intentio auf den Namen des dominus, die condemnatio auf den des Repräsentanten gestellt. Cf. Gai. IV. 86, 87 (und §. 35, 55), Theophil. ad I. IV. 10 §. 2, l. 9 (Alex.) C. de proc. (2, 13) [— „licet contentio ex persona alterius bona fide sumatur"].

5) L. 1 C. de sent. et interloc. (7, 45). Cf. fr. Vat. §. 332, l. 61 D. de proc. (3, 3).

Judicat erwuchsen, mußten demnächst nach den Regeln des der Repräsentation zu Grunde liegenden Obligationsverhältnisses auf den dominus zurückübertragen werden.

Dies waren die Grundlagen, auf welchen die processualische Vertretung ruhte. Im Einzelnen bedurfte jedoch noch Manches des Ausbaues und der weiteren Fortbildung. Vor Allem hatte

1. der Prätor dafür zu sorgen, daß nicht durch die Vertretung der einen Partei die Interessen der anderen gefährdet wurden. Wenn

a. der **Kläger** der Vertretene war, so wurde die Consumtion der von dem Vertreter in judicium deducirten Klage zwar unter der Voraussetzung angenommen, daß das Repräsentationsverhältniß entweder zur Zeit der Litis Contestation wirklich existirte,[6] oder in der nachfolgenden Ratihabition der Proceßführung einen Ersatz fand.[7] Ließ sich aber die Rechtsbeständigkeit und Fortdauer des Repräsentationsverhältnisses nicht gleich bei Einleitung des Processes über jeden Zweifel erheben, so stand der Verklagte in Gefahr, nochmals vom dominus belangt zu werden, ohne alsdann durch die exc. rei in judicium deductae geschützt zu sein. Diese Gefahr mußte beseitigt werden, und da ein directes Mittel gegen dieselbe nicht wohl möglich war, so bediente sich der Prätor eines indirecten, der cautio de rato, welche er dem Vertreter auferlegte, so oft die Grundlage der Vertretung irgend wie unsicher war („quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit").[8] Trat

---

6) L. 56 D. de jud. (5, 1) [„— verum procuratorem in judicium rem deducere verissimum est"], Gai. IV. 98 i. f., fr. Vat. §. 333, l. 12 D. de pactis (2, 14), l. 27 pr., l. 66 D. de proc. (3, 3), l. 17 §. 2 D. de jurejur. (12, 2), l. 22, 23 D. de adm. tut. (26, 7), l. 4, 11 §. 7 D. de exc. rei jud. (44, 2), l. 22 §. 8 D. ratam rem haberi (46, 8), l. 10 C. de proc. (2, 13), l. 1 C. quib. res jud. non nocet (7, 56). — Etwas abweichend sind die Darstellungen von **Keller**: Ueber L. C. und Urtheil §. 42, **Bethmann-Hollweg**: Versuche S. 179 fg., Der röm. C. Pr. II. S. 432 fg. S. aber **Huschke** in der Zeitschr. für gesch. R. W. XIV. S. 64 fg., **Keller**: Der röm. C. Pr. R. 719, **Krüger** a. a. O. S. 89.

7) L. 56 D. de jud. (5, 1), l. 27 pr., l. 66 D. de proc. (3, 3), l. 25 §. 2 D. de exc. rei jud. (44, 2), l. 3 §. 1 D. ratam rem hab. (46, 8), l. 1 C. quibus res jud. non noc. (7, 56).

8) L. 1 C. de proc. (2, 13) [„Cautio ratihabitionis tunc exigitur, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit"], l. 6 §. 3 D. quod cujusque civit. (3, 4), l. 25 §. 1 in Verbindung mit l. 26 pr. D. de minor. (4, 4), l. 23 D. de adm. tut. (26, 7), l. 3 §. 2 D. ut in poss. legat. (36, 4), und dazu Gai. IV. 84, 98, 99, fr. Vat. §. 333, pr. I. de satisdat. (4, 11). — Als feststehend gilt das Repräsentationsverhältniß ursprünglich nur bei dem Cognitor — Cic. pro Roscio com. c. 18, Gai. IV. 83, 84 vgl. mit 97, 98 —, dann auch bei dem procurator praesentis und apud acta con-

nunmehr der Fall ein, daß der Verklagte nochmals vom dominus belangt wurde, und mit der Berufung auf die Proceßführung des Vertreters wegen eines dem Repräsentationsverhältniß anhaftenden Mangels nicht durchdrang, so konnte er auf Grund jener Caution vom Vertreter vollen Ersatz seines Schadens fordern.[9]

b. Aus einem anderen Grunde war, wenn der Verklagte vertreten wurde, die Sicherstellung des Klägers nothwendig. Hier kam in Betracht, daß die von dem Vertreter vollzogene Litis Contestation den Verklagten befreite[10] und den Kläger ausschließlich an den Vertreter wies. Damit nun der Kläger unter der etwaigen Zahlungsunfähigkeit des Vertreters nicht leide, sollte er die cautio judicatum solvi fordern dürfen, um sich im Fall der Verurtheilung an den Bürgen halten zu können. Diese Caution mußte aber überall geleistet werden,[11] und deshalb war die Nachweisung des Repräsentationsverhältnisses unnöthig.[12] Nur wenn es sich um

---

stitutus — fr. Vat. §. 317, 331, 333, §. 3 I. de satisd. (4, 11), l. un. C. eod. (2, 57) und dazu l. 5—7 D. de proc. (3, 3), l. 60 D. de R. J. (50, 17), l. 18 D. mand. (17, 1), l. 63 D. de re jud. (42, 1), l. 6 C. mand. (4, 35) —, und in einigen ähnlichen Fällen — l. 65 D. de proc. (3, 3), l. 21 D. rat. rem hab. (46, 8), l. 9 D. eod., l. 13 C. de adm. tut. (5, 37) —.

9) L. 22 §. 8 D. rat. rem hab. (46, 8): „Plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committitur, quibus si verus procurator egisset, domino aut ipso jure aut propter exceptionem actio inutilis esset.“

10) L. 10 §. 1 D. de in rem verso (15, 3), l. 23 D. de solut. (46, 3), l. 11 §. 1 D. de novat. (46, 2). Natürlich wurde dem Verklagten auch die exc. rei jud. gegeben, wenn sein Vertreter die Absolution erwirkt hatte. Cf. l. 11 §. 7 D. de exc. rei jud. (44, 2).

11) Gai. IV. 101 [„Nemo defensor idoneus sine satisdatione est“], IV. 90, §. 1, 5 I. de satisd. (4, 11), l. 46 §. 2, l. 51 §. 1, l. 52, 53 D. de proc. (3, 3), l. 12 C. eod. (2, 13), l. 1 in f. C. de satisd. (2, 57), l. 2 §. 3 C. de jurejur. pr. cal. dando (2, 59), l. 2 C. de cons. ejusd. lit. (3, 40), etc. Vgl. auch l. 110 §. 1, l. 166 D. de R. J. (50, 17). Der gegenwärtige Verklagte leistete die Caution selbst (ursprünglich nur für den cognitor, später auch für den procurator praesentis), für den abwesenden Verklagten leistete sie der Vertreter. Cf. Gai. IV. 101, fr. Vat. §. 317, §. 4, 5 I. de satisd. (4, 11), l. 39 §. 6, l. 40 §. 2 D. de proc. (3, 3), l. 21 D. ratam rem hab. (46, 8). Durch Interpolationen sind entstellt l. 8 §. 3, l. 15 pr., l. 46 pr. D. de proc. (3, 3), l. 10 D. jud. solvi (46, 7). Vgl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 237, und gegen die Meinung von Salpius: Novation und Delegation S. 365, daß zur Zeit des Paulus der Cognitor des Verklagten unter Umständen von jener Caution befreit worden sei, Denselben: Der röm. C. Pr. II. S. 442 Note 146.

12) L. 33 §. 2 D. de proc. (3, 3) [„Publice interest, absentes a quibusdam defendi“], l. 1. §. 3 quod cujusque univ. (3, 4), l. 1 D. de neg. gest. (3, 5), und besonders l. 12 C. de proc. (2, 13). Natürlich kann der Kläger der Proceßführung mit dem defensor dadurch ausweichen, daß er die Klage hinausschiebt, und davon macht die l. 29 D. de proc. (3, 3) eine Anwendung auf den procurator in rem suam. Etwas anders faßt die Sache Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. S. 450 Note 184.

dingliche Klagen handelte, wurde es in dieser Beziehung eben so gehalten, wie bei der Vertretung des Klägers, der Vertreter mußte sich genügend legitimiren, oder neben der cautio judicatum solvi die cautio de rato leisten.[13] Und zwar um deswillen, weil dem Kläger, wenn er den Proceß mit einem nicht autorisirten Vertreter geführt, und von diesem nach erstrittener Anerkennung seines Rechts das Streitobject restituirt erhalten hatte, in Aussicht stand, vom Verklagten auf Rückgabe desselben belangt zu werden.

2. Was sodann die activ und passiv in der Person des Vertreters entstandene a. judicati anbelangt, so wurde ursprünglich die Condemnationssumme als das Werthobject angesehen, welches dem vertretenen Kläger herauszugeben, und von dem vertretenen Verklagten zu ersetzen war.[14] Die dieserhalb erforderlichen Klagen lieferte das die Repräsentation begründende Obligationsverhältniß, Mandat, Tutel u. s. w. Der Kläger bediente sich gegen seinen Vertreter einer a. directa, der Verklagte haftete seinem Vertreter mit einer a. contraria. Später ließ man die Klagen auf die a. judicati selbst gehen, die a. directa auf Cession der a. judicati, die a. contraria auf Liberirung von derselben.[15] Schließlich aber kürzte man die Sache dadurch ab, daß man die a. judicati dem vertretenen Kläger und gegen den vertretenen Verklagten als utilis actio verlieh, und andererseits die directa actio dem Vertreter des Klägers und gegen den Vertreter des Verklagten verweigerte.[16] Jedoch gab es auf allen diesen Stufen Umstände, unter denen das durch das judicium erzielte Resultat an der Person des Vertreters haften blieb, und auch hierfür war die Grundlage der Repräsentation entscheidend.[17] War der Vertreter

13) L. 40 §. 2 D. de proc. (3, 3). Vgl. übrigens auch l. 39 §. 5—7 D. eod., l. 6 pr. D. rat. rem hab. (46, 8).

14) L. 46 §. 4, 5 D. de proc. (3, 3).

15) Arg. l. 45 pr. §. 1—5 D. mandati (17, 1).

16) Zuerst auch wieder bei dem cognitor — fr. Vat. §. 317 —, dann bei dem procurator praesentis und apud acta constitutus — fr. Vat. §. 331, 332, l. 79 D. de V. O. (45, 1), l. 7 C. Th. de cogn. et proc. (2, 12) —, endlich in allen Fällen einer wirklichen Repräsentation — l. 28 (s. wegen der Schlußworte die Note 21), 31 pr., 61 D. de proc., l. 86 D. de solut. (46, 3), l. 4 pr. §. 1, 2 D. de re jud. (42, 1), l. 6. §. 3 D. quod cujusque univ. (3, 4), l. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7), l. 5 pr., l. 6, 7 D. quando ex facto tut. (26, 9), l. 1 C. eod. (5, 39).

17) Hierauf bezieht sich die causae cognitio, welche der Uebertragung der a. judicati von dem procurator auf den dominus vorausgehen soll. Cf. l. 18 §. 16 D. de damno inf. (39, 2), l. 5 D. de praet. stip. (46, 5). Dabei konnten auch Einreden in Betracht kommen, welche dem procurator zugestanden haben

zum procurator in rem suam bestellt worden, so lag darin, daß er nicht das Geschäft des dominus, sei es des Klägers oder des Verklagten, sondern sein eigenes führen sollte, und so wenig daher früherhin in diesem Fall aus dem Mandat geklagt werden konnte,[18] eben so wenig wurde späterhin die utilis judicati actio verliehen.[19] Ferner durften, wie sich unten zeigen wird, gewisse Personen für den Kläger, und Jedermann für den Verklagten auch ohne Mandat auftreten. Der Vertreter erschien dann als negotiorum gestor des dominus, und ohne Zweifel fanden zwischen beiden wegen der Vortheile und Nachtheile der Proceßführung die entsprechenden Klagen Statt,[20] man mußte aber Bedenken tragen, die Ausgleichung mittelst der utilis judicati actio zu bewirken.[21] Zur Begründung dieser Klage würde die allseitige Erörterung der aus der negotiorum gestio entspringenden Ansprüche gehört haben, und hierauf in einem Verfahren einzugehen, welches einem Anderen als dem negotiorum gestor gegenüber eingeleitet werden sollte, schien unthunlich. Hatte gar ein Dritter donandi animo die Vertheidigung für den Verklagten übernommen, so war auch nicht einmal die a. negotiorum gestorum contraria begründet.

3. Selbst in denjenigen Fällen aber, in welchen es möglich war, den Zweck der Repräsentation durch Verleihung der utilis judicati actio auf kürzerem Wege zu erreichen, blieb bis zum Judicat die vermittelst der Litis Contestation begründete Beziehung des Vertreters zu dem anhängigen Proceß, das s. g. dominium litis, von der etwaigen Auflösung des Repräsentationsverhältnisses unberührt, so daß, wenn z. B. die Vormundschaft während des Processes zu Ende ging, der Vormund nichtsdestoweniger den von ihm

würden, wenn er mit der a. mandati belangt worden wäre. Cf. l. 25 in f., l. 30 D. de proc. (3, 3).

18) Cf. l. 42 §. 2 D. de proc. (3, 3).

19) L. 28, 61 D. de proc. (3, 3), l. 4 pr. D. de re jud. (42, 1). Vgl. auch l. 25 D. de proc., fr. Vat. §. 317, l. 7 C. Th. de cogn. et proc. (2, 12), und dazu Mühlenbruch: Die Lehre von der Cession der Forderungen S. 74.

20) L. 6 §. 10, l. 8 pr. §. 1, l. 31 §. 2, l. 41 D. de neg. gest. (3, 5).

21) Die Quellen erwähnen nur die Vertretung des Verklagten. Cf. l. 28 in f., l. 61 D. de proc. (3, 3), l. 4 pr. D. de re jud. (42, 1). Denjenigen, welcher die Vertheidigung des Verklagten ohne Auftrag übernimmt (qui defensioni s. liti sese offert), nennen die Römer defensor; der defensor wird daher in den citirten Stellen dem procurator des Verklagten entgegengesetzt. Tritt aber für den Verklagten ein Anderer unter dem Vorgeben auf, daß er der wahre Verklagte sei, um die dem defensor obliegende Caution nicht leisten zu müssen — l. 39 §. 1 D. de noxal. act. (9, 4) —, so wird er zwar nicht defensor genannt — l. 61 D. de proc. —, sein Verhältniß zum Verklagten aber ist dasselbe, er führt die negotia des Verklagten.

eingeleiteten Proceß fortführen mußte. Indeß trat allmählich auch auf diesem Punct eine Aenderung ein. Man fing damit an, den Parteien die Bestellung eines Procurator nach der Litis Contestation zu gestatten.[22] Dadurch wurde es dem Vertreter als dominus litis möglich, seinerseits den Vertretenen zum Procurator zu bestellen, und ihm in dieser Form die Proceßführung zurückzugeben. Es blieb also nur noch übrig, daß man in Folge der Auflösung des Repräsentationsverhältnisses je nach den Umständen den Vertreter zur Rückübertragung, den Vertretenen zur Uebernahme der Proceßführung nöthigte. Ganz allgemein wurde dies jedoch nicht beliebt, vielmehr stellte sich nur so viel fest, daß da, wo die Repräsentation auf einem Mandat beruhe, aus dringenden Gründen (causa cognita) sowohl der Mandant, als der Mandatar die translatio judicii fordern könne.[23] Darüber hinaus ging selbst die justinianeische Gesetzgebung wenigstens in ihren practischen Bestandtheilen nicht, und insbesondere nahm sie in keinem Fall an, daß mit Auflösung des Repräsentationsverhältnisses die Proceßführung ipso jure an den dominus zurückfalle.[24]

Dieses System von Grundsätzen nun wurde im Allgemeinen auch noch vom C. R. als gültig betrachtet.[25] Allein schon den italienischen Juristen ging der innere Zusammenhang desselben, und namentlich die Bedeutung der L. C. als des das dominium litis begründenden Acts verloren. Sie hielten zwar die Conse-

22) L. 27 §. 1, l. 46 pr., l. 75 D. de proc. (3, 3), l. 8 §. 3 D. mand. (17, 1), l. 5 §. 3 D. jud. solvi (46, 7), l. 4 §. 5 D. de app. (49, 1), l. 8, 11, 20, 23 C. de proc. (2, 13).

23) L. 16—27, 43 §. 6, l. 44, 45 pr. D. de proc. (3, 3), l. 22 C. eod. (2, 13).

24) Daß mit dem Tode des Procurator der Proceß an den Mandanten zurückfallen solle, sprechen l. 7 C. Th. de proc. (2, 12) und l. 28 §. 1 C. J. eod. (2, 13) aus. Die erste dieser beiden Stellen aber hat in Justinian's Compilation keine Aufnahme gefunden, und die andere ist, weil restituirt, mit keiner Glosse versehen, zudem auch so unbestimmt, daß sich gar nicht erkennen läßt, ob die Litis Contestation als bereits erfolgt gedacht sei, oder nicht. Ausdrücklich dagegen wird die Fortdauer des dominium litis nach dem Tode des Mandanten in l. 23 C. eod. anerkannt. Eben so ist das in der Person des Vormunds begründete dominium litis noch nach justinianeischem Recht unabhängig von der Beendigung der Vormundschaft und dem Tode des Vormunds, wie sich aus l. 39 §. 12 D. de adm. tut. (26, 7), l. 28 §. 2 D. de app. (49, 1), l. 2 D. si tut. vel cur. (49, 12), l. 1 §. 1 D. si pend. app. (49, 13) ergibt, und wenn nach diesen und anderen Stellen der zu seinen Jahren gekommene Mündel die Appellation selbst soll ausführen können („causas appellationis reddere"), so ist dies auf seine Interventionsbefugniß zurückzuführen, eine Befugniß, von welcher der Mandant schon während der Dauer des Mandatsverhältnisses Gebrauch machen darf. Vgl. §. 7 Note 3, 11.

25) Vgl. besonders c. 1 §. 1, c. 2 in VI. de proc. (1, 19).

quenzen des dominium litis fest, bezogen aber die Vertretung nicht auf den Proceß als Ganzes, sondern auf die einzelnen Proceßhandlungen, ohne zu bemerken, daß sie dadurch das dominium litis aufgaben und ein neues Princip an seine Stelle setzten.

Mit diesem neuen Princip aber machte erst die deutsche Jurisprudenz Ernst. Sie bildete auf Grund desselben die Theorie aus, welche die heut zu Tage geltende ist, und sich in folgenden Sätzen zusammenfassen läßt.[26] Der Vertreter wird dadurch, daß er Litem contestirt, in keine Beziehung zum Gegner gesetzt, und nicht mehr zum dominus litis gemacht; vielmehr wird der Vertretene selbst als Proceßsubject angesehen, und das Urtheil auf seinen, nicht auf des Vertreters Namen gestellt. Alles aber, was der Vertreter thut und läßt, hat unmittelbar dieselbe Wirkung, wie wenn es vom dominus ausgegangen wäre, auch nachtheilige Handlungen und Versäumnisse. Nur wird dabei vorausgesetzt, daß zwischen beiden ein bindendes Repräsentationsverhältniß besteht; fehlt es an einem solchen, so ist sowohl das Verfahren, wie das daraus hervorgegangene Urtheil unwirksam.[27] Zwar kann dieser Mangel durch die ausdrückliche oder stillschweigende[28] Ratihabition des dominus geheilt werden, nicht bloß vor, sondern auch nach erfolgtem Urtheil, so lange noch nicht vermittelst der Nichtigkeitsbeschwerde die Annullation des Urtheils erwirkt worden ist.[29] Weil

---

26) S. die historischen Nachweisungen bei Bethmann-Hollweg: Versuche S. 239—249.

27) Arg. l. 24 C. de proc. (2, 13) [„si — falsus procurator inveniatur, nec dici controversiae solent, nec potest esse judicium"], c. 4 X. eod. (1, 38). Den dem Standpunct des R. R. entsprechenderen Ausdruck haben l. 27 pr. D. eod. [„si mandatum non est, — — quae invito te acta sunt, tibi non praejudicant"], l. 10 C. eod. [„Si procurator, ad unam speciem constitutus, officium mandati egressus est, id, quod gessit, nullum domino praejudicium facere potuit"], l. 1 C. quibus res jud. non nocet (7, 56).

28) Eine solche liegt z. B. darin, daß der dominus gegen das vom falsus procurator ausgewirkte Urtheil appellirt. Cf. l. 3 §. 1 D. ratam rem (46, 8), so wie l. 5 D. eod.

29) Nach Glück: Commentar V. S. 280 fg. soll die gemeine Meinung dahin gehen, daß der dominus nicht bloß vor, sondern auch nach ergangenem Urtheil die Proceßführung des falsus procurator ratihabiren könne, ausgenommen, wenn ihm das Urtheil günstig sei, weil in diesem Fall der Gegner vom Augenblick der Publication an ein Recht auf die Anfechtung erworben habe. Diese Ausnahme ist jedoch nicht begründet. Denn das Recht der Anfechtung beruht auf der Ungültigkeit des Urtheils, und ungültig ist auch das dem dominus ungünstige Urtheil. Wenn daher die Ratihabition überhaupt im Stande ist, den Mangel der Legitimation zuzudecken, so muß sie dem günstigen Urtheil eben so gut wie dem ungünstigen Gültigkeit verleihen. Daß dies aber möglich ist, hat seinen Grund darin, daß das vom falsus procurator aus-

aber gerade da, wo der Gegner am Bestand des Verfahrens vorzugsweise interessirt ist, d. h. wo er den Sieg errungen oder in Aussicht hat, die Ratihabition am wenigsten erwartet werden kann, soll das Repräsentationsverhältniß gleich bei Einleitung des Processes liquide gestellt werden ((legitimatio ad processum), und dazu sind öffentliche Urkunden, oder was dem gleich steht, erforderlich. Der Vormund insbesondere legitimirt sich durch das Tutorium[30] oder einen Auszug aus den seine Bestellung betreffenden Vormundschaftsacten,[31] der Procurator durch eine vom dominus zu den Acten der betreffenden Sache abgegebene Erklärung[32] oder eine von demselben extrajudiciell, jedoch unter gerichtlicher oder notarieller Beglaubigung ausgestellte Vollmacht,[32a] welche letztere in jedem Fall den Mandanten, den Procurator und den Gegenstand des Auftrags bezeichnen muß, und da, wo sie sich auf einen einzelnen Proceß beschränken soll, auch die Angabe des Gegners, der Streitsache und des competenten Gerichts erfordert. Ein stillschweigendes Mandat zur gerichtlichen Vertretung wird darin gefunden, daß die Ehefrau ihrem Manne die zu den Paraphernen gehörigen Schulddocumente („nomina") übergibt, und dies in den Ehepacten („dotali intrumento") bekundet.[32b] Auf die Berichtigung des Legitimationspunctes hat der Richter von Amts wegen zu achten;[33] ohne genügende Legitimation soll er der Regel nach Niemanden als Vertreter zulassen,[34] und wenn er es dennoch gethan hätte, baldigst auf Nachholung des Versäumten

---

gewirkte Urtheil an sich (objectiv genommen) besteht, also nicht eigentlich nichtig, sondern nur erfolglos ist. Erst dadurch, daß es vom competenten Richter annullirt wird, geht seine Existenz vollends verloren.

30) S. Rudorff: Das Recht der Vormundschaft II. S. 213.

31) Dieser Auszug ist nichts Anderes, als eine Ausfertigung des in den Vormundschaftsacten enthaltenen richterlichen Auftrags zur Vermögensverwaltung, welcher entweder nicht förmlich ausgefertigt worden war, oder dessen erste Ausfertigung verloren gegangen ist.

32) D. h. so, wie es nach R. R. geschehen mußte, wenn der Procurator von der cautio de rata frei sein wollte. Cf. §. 3 I. de satisd. (4, 11), l. 21 D. ratam rem (46, 8), l. 1 C. de satisd. (2, 57). Stillschweigend wird der Procurator zu den Acten bevollmächtigt, wenn er für den im Gericht gegenwärtigen dominus handelt, ohne daß dieser widerspricht — §. 1 I. de iis, per quos (4, 10) —, was jedoch nach dem neueren Princip nur für die einzelne Handlung gilt.

32a) C. 1 X. de proc. (1, 38).

32b) L. 11 C. de pact. conv. (5, 14).

33) C. 9 X. de jud. (2, 1).

34) L. 24 C. de proc. (2, 13), K. G. O. von 1555 I. 21 §. 1, III. 12 §. 1, 12, Dep. A. von 1600 §. 68, J. R. A. §. 42.

dringen.[35] Eben deshalb bedarf es denn auch keiner Cautionen mehr, außer in wenigen Fällen, in denen nach dem Vorgang des R. R. ausnahmsweise von der Beibringung einer Legitimation Abstand genommen wird. Für den Verklagten nämlich wird ohne Vollmacht als defensor zugelassen, wer in der Absicht, sich selbst der Haftung zu unterziehen, die cautio judicatum solvi und bei dinglichen Klagen daneben die cautio de rato leistet.[36] Und klagend dürfen, gestützt auf die Präsumtion eines Auftrags, mithin thatsächlich als negotiorum gestores unter Leistung der cautio de rato für Andere auftreten Descendenten und Ascendenten, Seitenverwandte und Affinen im zweiten Grade, der Ehemann in Angelegenheiten der Ehefrau, und nach der Litis Contestation auch ein Streitgenosse für den anderen.[37] Hier kommen natürlich auch heut zu Tage die römischen Grundsätze vom dominium litis zur Anwendung.[38] Abgesehen aber von diesen Ausnahmsfällen bilden überall die einzelnen Proceßhandlungen den Gegenstand der Vertretung, und die Folge davon ist, daß mit dem Erlöschen des Repräsentationsverhältnisses die Proceßführung von selbst an den dominus zurückfällt, die Proceßführung des Procurator insbesondere also mit der Kündigung des Mandats (die übrigens dem Gegner erst vom Moment der Anzeige an präjudicirt)[39]

35) C. 4 X. de proc. (1, 38).

36) Hierfür — vgl. Note 12, 13 — und folgeweise auch für die Gründe, aus denen der defensor zurückgewiesen werden kann, ist noch immer das R. R. maaßgebend. Nicht zur Defension befähigt sind diejenigen, welche mit triftigen Entschuldigungsgründen die Proceßführung würden hinausschieben können, oder durch Rechtswohlthaten der in der Defension enthaltenen Intercession gegenüber geschützt sind. Cf. l. 51 pr., l. 54 pr. D. de proc. (3, 3). Wenn übrigens Bethmann-Hollweg: Versuche S. 242 Note 164 die von den Neueren fortwährend angenommene Statthaftigkeit der Defension für inconsequent hält, so übersieht er, daß der defensor eben so wenig wie der procurator in rem suam ein gewöhnlicher Proceßprocurator ist, und daß auch das R. R. die Defension noch zuließ, nachdem bereits die Verleihung der a. judicati gegen den dominus zur Regel geworden war. Vgl. auch Schlayer in der Zeitschr. für C. R. und Pr. N. F. IX. S. 303.

37) L. 35 pr. D. de proc. (3, 3), l. 3 §. 3 D. jud. solvi (46, 7), l. 12, 21 C. de proc. (2, 13), l. 2 C. de cons. ejusd. lit. (3, 40). Vgl. auch l. 8 pr. D. de neg. gest. (3, 5), l. 18 §. 1 D. de judic. (5, 1), l. 18 §. 5 D. de castr. pec. (49, 17), c. 3 Clem. de proc. (1, 10). Wird der entgegenstehende Wille des dominus bewiesen, so fällt die Präsumtion des Auftrags zusammen. Cf. l. 40 §. 4 D. de proc. (3, 3).

38) R. A. von 1570 §. 100.

39) C. 13 X. de proc. (1, 38). Uebrigens hat das C. R. in Betreff des Widerrufs noch den Standpunct des R. R.; es erfordert nach der Litis Contestation eine justa causa — cf. c. 2 in VI. eod. (1, 19) —, während es vorher den Widerruf unbedingt gestattet — cf. c. 3, 4, 8 X. eod. (1, 38) —.

und mit dem Tode.[40] Der durch den Tod herbeigeführten Unterbrechung haben jedoch die Reichsgesetze insoweit vorzubeugen gesucht, als der Dep. A. von 1600 §. 73 vorschreibt, daß, wenn der Mandant nach dem Actenschluß versterbe, das Urtheil ohne Ladung ad reassumendum gegen den Procurator ergehen solle, der J. R. A. §. 99 und 100 aber den Mandanten anweist, die Vollmacht mit auf seine Erben zu richten (clausula heredum), und dem Procurator für den Fall, daß derselbe vor Beendigung der Sache versterbe oder seinen Stand sonst verändere, gleich zu Eingang des Rechtsstreits einen Substituten zu ernennen (clausula substitutionis).[41]

Nach allem Diesen läßt sich nun unbedenklich behaupten, daß die processualische Vertretung im heutigen Recht eine der Formen ist, in welchen Dritte an einem unter andern Personen anhängigen Rechtsstreit Theil nehmen. Nach R. R. trat der Vertreter an die Stelle des dominus, heut zu Tage steht er ihm zur Seite. Wir unterscheiden aber zwei Arten von Vertretern, gewillführte und gesetzliche, und von deren besonderen Verhältnissen soll im Folgenden jetzt noch die Rede sein.

1. Gewillführte Vertreter (Procuratoren).

§. 10.

Die Führung eines Processes durch einen Vertreter hat (mittelbar oder unmittelbar) dieselbe Wirkung wie die eigene, und deshalb steht es regelmäßig jeder Partei frei, entweder selbst zu handeln, oder sich eines von ihr gewählten Vertreters, eines Procurator, zu bedienen.[1] Jedoch können mehrere Erben des

---

40) Bereits das c. 4 Clem. eod. (1, 10) läßt die Vertretung mit dem Tode des Mandanten erlöschen, und entschieden haben die Reichsgesetze, wie die im Text angeführten beweisen, den modernen Standpunct.

41) Die clausula heredum ist wohl ein gemeinrechtliches Erforderniß der Proceßvollmachten geworden, dessen Mangel zwar die Gültigkeit derselben nicht aufhebt, jedoch eine Ergänzung nothwendig macht, während sich die clausula substitutionis, als aus den besonderen Verhältnissen des R. K. Gerichts hervorgegangen, nicht überall hat einbürgern können.

1) L. 17 §. 20 D. de injuriis (47, 10) [„— omnibus enim, qui suo nomine actionem habent, procuratoris dandi esse facultatem"], l. 26 C. de proc. (2, 13), c. 2 X. eod. (1, 38), c. 1 in VI. de jud. (2, 1). Auch in causae spirituales — c. 5, 10 X. de proc. (1, 38), c. 1 pr. in VI. eod. (1, 19) —. Für Popularklagen dagegen, außer wenn sie zugleich ein Privatinteresse zur Geltung bringen sollen, läßt das R. R. Procuratoren nicht zu — l. 42 pr., l. 45 §. 1 D. eod. (3, 3), l. 6 D. ne quid in loco publ. (43, 8), l. 5

Klägers, die einen Anspruch gemeinschaftlich verfolgen wollen, welcher wegen einer dabei auszuübenden Wahl eine separate Geltendmachung nicht zuläßt, und mehrere Erben des Verklagten, die in einen anhängigen Proceß eintreten, zur Bestellung eines gemeinsamen Procurator angehalten werden.[2] Eben so müssen sich Taube und Stumme durch Procuratoren vertreten lassen,[3] und Personen, welche außerhalb des Gerichtssprengels wohnen, wenigstens mit der Entgegennahme der ihnen zu insinuirenden Verfügungen einen Eingesessenen (s. g. Insinuations-Mandatar) beauftragen.[4] Endlich aber besteht bei den höheren Gerichten die Anordnung, daß die Parteien in dem dort üblichen schriftlichen Verfahren überhaupt nur durch Vermittelung von rechtsgelehrten Procuratoren handeln können, welche in derselben Weise wie die Advocaten öffentlich bestellt und verpflichtet sind, und bei dem ihnen angewiesenen Gericht die ausschließliche Befugniß zur Procuratur haben.[5]

Zu der Bestellung eines Procurator als einem Acte der Proceßführung sind diejenigen nicht befähigt, welche entweder keine legitima persona standi in judicio haben, oder als Kläger aus Rechts- (Excommunication und Acht), nicht aus bloß factischen

---

D. de popul. act. (47, 23) —. Die Bestimmung des prätorischen Edicts, wonach Infame keinen Procurator bestellen durften — vgl. Bülow: Die Lehre von den Proceßeinreden S. 39 fg. —, hat Justinian in §. 11 l. de except. (4, 13) aufgehoben.

2) L. 31 §. 5 D. de aedil. ed. (21, 1), l. 48 D. fam. erc. (10, 2), l. 5 §. 7 D. jud. solvi (46, 7), und dazu l. 42 §. 6, 7 D. proc. (3, 3). Ueber die vielfach behauptete allgemeine Verpflichtung der Litis Consorten, sich durch einen gemeinsamen Procurator vertreten zu lassen, vgl. §. 63 Note 112. — Nach R. R. durften auch personae illustres nur durch einen Procurator handeln — l. 25 C. eod. (2, 13), nov. 71 c. 1 —. Diese Bestimmung ist aber als auf der Verfassung des römischen Reichs beruhend bei uns nicht practisch geworden. Vgl. Glück: Commentar V. S. 275.

3) L. 1 §. 3 D. de postul. (3, 1). Daß sie einen Procurator ernennen können, sagt ausdrücklich l. 43 pr. D. de proc. (3, 3), woneben zu vgl. Dapp a. a. O. (§. 9 Note *) §. 105.

4) Arg. l. 6 pr. C. unde vi (8, 4) und dazu Glück a. a. O. V. S. 275.

5) Vgl. Nettelbladt: Versuch einer Anleitung §. 266, Glück a. a. O. V. S. 275, Biener: Syst. proc. jud. I. 35. Namentlich bei dem R. K. Gericht und dem R. H. Rath war diese Einrichtung getroffen. Cf. Pütter: Nova epitome proc. imp. §. 42, Malblank: Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provincial-Gerichts und Canzleiverfassung III. §. 65. Etwas Aehnliches scheint nach l. 27 (rest.) C. de proc. (2, 13) schon im römischen Reich bestanden zu haben — vgl. Bethmann-Hollweg: Handbuch I. S. 204, Der röm. C. Pr. III. S. 168 —, die heutige Einrichtung ist aber deutschen Ursprungs, wie die von Maurer: Gesch. des öffentl. mündl. G. V. §. 102 gesammelten Nachrichten beweisen.

Gründen am Postuliren verhindert sind.[6] Und umgekehrt können nicht nur dieselben Personen keine Procuratoren, weder des Klägers noch des Verklagten sein,[7] sondern es sind daneben auch[8] aus öffentlichen Rücksichten Frauen, außer wo eine sittliche Pflicht sie dazu antreibt,[9] und Minderjährige,[10] so wie durch Disciplinarvorschriften Soldaten außer in Sachen ihrer Compagnie,[11] und Geistliche[12] von der Procuratur ausgeschlossen.[12a] Gehört der

---

6) S. den §. 12, womit zu vgl. ist l. 2 §. 1, l. 8 pr. D. de proc. (3, 3), l. 2 §. 1 D. sol. matr. (24, 3), l. 18 D. de auct. et cons. (26, 8), fr. Vat. §. 326, 327, l. 11, 14 C. de proc. (2, 13).

7) C. 1 pr. in VI. de proc. (1, 19) [„cum regulariter qui non prohibetur expresse ad exercendum procuratoris officium idoneus debeat reputari"]. Das Einzelne s. in §. 12. — Haussöhne können Procuratoren sein. Cf. l. 8 pr. i. f., l. 33 pr. D. de proc. (3, 3), c. 14 X. eod. (1, 38), c. 5 §. 1 in VI. eod. (1, 19) und dazu l. 6 §. 3 i. f. D. quod cuj. univ. (3, 4), l. 18 §. 1 D. de jud. (5, 1), l. 17 D. de reb. cred. (12, 1), so wie Savigny: System II. S. 97, 98.

8) Nach R. R. außerdem potentiores — l. 1 C. ne liceat potent. (2, 14) —, nach C. R. infames — c. 1 C. 3 qu. 7 vgl. mit §. 11 I. de except. (4, 13), und dazu Bülow a. a. O. (Note 1 a. E.) S. 39 fg. —. Ueber erstere vgl. aber Heffter: System §. 179 N. 73, welcher wegen ihres publicistischen Characters diese Ausnahme nicht mehr für anwendbar hält, und über letztere Savigny: System II. S. 225.

9) Pauli R. S. I. 2 §. 2, l. 2 pr. D. de R. J. (50, 17), §. 11 I. de except. (4, 13), l. 54 pr. D. de proc. (3, 3), l. 4, 18 C. eod. (2, 13) und über die beigefügte Beschränkung l. 41 D. eod., l. 3 §. 2 D. de lib. causa (40, 12), l. 1. §. 1 D. de app. recip. (49, 5). An der Defension sind übrigens die Frauen auch durch das S. C. Vellejanum verhindert, und dies wird namentlich jener Beschränkung gegenüber von practischer Wichtigkeit. Cf. l. 2 §. 5, l. 3 D. ad S. C. Vell. (16, 1).

10) Nach R. R. waren Minderjährige vor zurückgelegtem 17ten Lebensjahr überhaupt vom Postuliren — l. 1 §. 3 D. de postul. (3, 1) [vgl. auch §. 5 I. qu. ex caus. manumittere non lic. (1, 6)] —, und auch nach zurückgelegtem 17ten Lebensjahr wegen der ihnen zustehenden Restitution von der defensio ausgeschlossen — l. 51 pr. D. de proc. (3, 3) —, das C. R. aber spricht ihnen schlechthin die Fähigkeit zur Procuratur ab — c. 5 §. 2 in VI. eod. (1, 19) —. Dagegen muß ohne Zweifel in der landesherrlichen Ernennung eines minor zum öffentlichen Procurator die Ertheilung der venia aetatis im Umfang seines Amts gefunden werden. Vgl. über diese bestrittene Frage Dapp a. a. O. §. 128 fg., Glück a. a. O. V. S. 254, Burchardi: Die Lehre von der Wiedereinsetzung S. 222 Note 28 und die hier Citirten.

11) §. 11 I. de exc. (4, 13), l. 8 §. 2, l. 54 pr. D. de proc. (3, 3), l. 7, 9, 13 C. de proc. (2, 13), l. 5 C. de cond. ob causam dat. (4, 6), l. 31 C. de loc. (4, 65). Nach l. 3 §. 1 D. de lib. causa (40, 12) dürfen die Soldaten auch in Processen über die Freiheit nahe verwandter Personen als Assertoren auftreten.

12) Nov. 123 c. 6, c. 2 X. ne clerici vel. mon. (3, 50). Genau genommen handelt es sich hier nicht um eine für die (weltlichen) Gerichte, sondern um eine für die Clerikеr gegebene Vorschrift.

12a) Der Ausschluß der Frauen und Soldaten, welche übrigens zu procuratores in rem suam bestellt werden durften — Pauli R. S. I. 2 §. 2, l. 4 C. de proc. (2, 13), l. 8. §. 2 D. eod. (3, 3), l. 9 C. eod. —, beruhte auf dem prätorischen Edict — fr. Vat. §. 322 [„agendi potestatem non faciam"],

Procurator zu diesen von der Procuratur ausgeschlossenen Personen, so ist zwar das von ihm erstrittene Urtheil nicht nichtig, er kann aber in jedem Stadium des Processes sowohl auf Antrag des Gegners als ex officio entfernt werden,[13] und dasselbe gilt, wenn nach dem Vorstehenden wegen des Verbots des Postulirens der dominus an der Ertheilung oder der Procurator an der Ausführung des Proceßmandats verhindert ist.[13a] Mit dem Mangel der legitima persona standi in judicio auf Seiten des dominus oder des procurator dagegen sind die weiter gehenden Wirkungen verbunden, von denen in §. 12 die Rede sein wird.[13b]

Bestellt wird der Procurator durch ein Mandat,[14] welches entweder auf die Führung eines einzelnen Processes, oder auf die Führung mehrerer Processe, oder auf einen die Proceßführung mitumfassenden Complex von Geschäften, z. B. die administratio omnium bonorum gerichtet ist.[15] Demnach ist der s. g. procurator

---

l. 43 §. 1 D. de proc. („hoc edictum prohibitorium est") —, welches bis auf Justinian — vgl. Note 1 a. E., Note 8 — auch die infames sowohl an der Annahme, wie an der Ertheilung eines Proceßmandats verhinderte — fr. Vat. §. 324, Pauli R. S. I. 2 §. 1, §. 11 J. de exc. (4, 13) —.

13) Nach R. R. mußte die Geltendmachung dieses Hindernisses vor der L. C. geschehen — l. 8 §. 2 D. de proc. (3, 3), l. 13 C. eod. (2, 13) —, weil der procurator durch die L. C. dominus litis wurde; jedoch konnte zur Zeit des Formularprocesses, wenn es sich um einen Mangel auf der klagenden Seite handelte, und derselbe nicht sofort klar zu stellen war, die Entscheidung dem judex mittelst einer exc. procuratoria überwiesen werden, welche zur definitiven Abweisung der Klage führte. Cf. Gai. IV. 124, l. 2 §. 4, l. 3 i. f. D. de exc. (44, 1), l. 19 §. 2 D. de prob. (22, 3), l. 29 §. 4 D. mand. (17, 1), §. 11 I. de exc. (4, 13). Daß aber der Prätor einen Antrag der Gegenpartei nicht abzuwarten brauchte, und an deren Verzicht — l. 57 §. 1 D. de proc. (3, 3) — nicht gebunden war, ergab sich Frauen und infames als postulare prohibiti gegenüber von selbst — cf. Pauli R. S. I. 2 §. 1 mit l. 7 D. de post. (3, 1) —, und wird außerdem für die milites in l. 8 §. 2 D. de proc. (3, 3) ausdrücklich ausgesprochen. Vgl. Bülow a. a. O. S. 39—43, und über den letzten von ihm anders beurtheilten Punct S. 47. — Das im Text über das heutige Recht Gesagte rechtfertigt sich aus dem Wegfall des dominium litis.

13a) C. 12 X. de exc. (2, 25), c. 1 in VI. eod. (2, 12).

13b) Vgl. §. 12 Note 36.

14) L. 42 §. 2 D. de proc. (3, 3).

15) L. 1 §. 1, l. 46 §. 7, l. 47, 48, 56, 58, 62 D. eod. (3, 3), l. 12 D. de pactis (2, 14), l. 10 C. de proc. (2, 13), c. 5 pr. in VI. eod. (1, 19). Die Schranken, welche das C. R. in c. 4 in VI. eod. der administratio omnium bonorum setzt, falls sie nicht ausdrücklich als eine unbeschränkte eingeräumt ist, beziehen sich nicht auf eigentlich processualische Handlungen. Für gewisse Klagen ist aber nach R. R. ein specielles Mandat erforderlich; es sind solche, von denen nicht wahrscheinlich ist, daß sie dem Mandanten bei Ertheilung des generellen Auftrags vor Augen gestanden haben, wie namentlich die imploratio restitutionis, die accusatio tutoris suspecti, das interdictum de liberis ducendis, und die Klage eines von zwei neben einander bestellten administratores omnium bonorum gegen den anderen. Vgl. l. 25 §. 1 D. de minor.

praesumtus, da er ohne Auftrag handelt, kein wahrer Procurator, sondern ein negotiorum gestor,[16] eben so wie der defensor ein solcher ist. Und obwohl der procurator in rem suam ein Mandat erhält, so ist dieses doch nur die Form, in der er zur Proceßführung legitimirt wird, während der bei der Uebertragung des Klagrechts und der Uebernahme der Vertheidigung obwaltende Vermögenszweck (causa) seinen Ausdruck in einem vom Mandat verschiedenen Geschäfte findet, welches, wie es sonst auch beschaffen sein mag, dem procurator in rem suam bezüglich der Proceßführung keine Haftung auferlegt, und ihm überall die freieste Verfügung über das Streitobject (durch Vergleich, Zahlung u. s. w.) einräumt.[17] Wo nun aber ein wirkliches Mandat die Grundlage der Vertretung bildet, ist dasselbe nicht bloß für das Verhältniß des Procurator zum Proceßgegner, sondern auch für die obligatorischen Beziehungen zwischen dem Procurator und dem dominus maaßgebend, wie in folgenden Anwendungen hervortritt.

1. Da der Mandant die seinem Auftrag entsprechenden Handlungen des Procurator anerkennen muß, so ist in eben so weit der Procurator zu handeln befugt, und der Gegner ihn zuzulassen verpflichtet. Das Proceßmandat aber umfaßt nur eigentlich processualische Handlungen, also nicht den Empfang der Zahlung, die Verzichtleistung, die Abschließung von Vergleichen und Compromissen, nach R. R. selbst nicht die confessio in jure und jurisjurandi delatio in jure, was heut zu Tage deshalb anders ist, weil das Zugeständniß des Klaganspruchs im Ganzen, obwohl es noch immer das weitere Verfahren unnöthig macht und die Wirkung eines Judicats hat, doch eine declaratorische Sentenz hervorruft und darum als eine wirkliche Proceßhandlung anzusehen ist, die Eidesdelation aber gemeinrechtlich überhaupt nicht mehr zur Abschneidung des Processes, d. i. in jure, sondern nur noch als Beweismittel, d. i. in judicio, benutzt wird. Soll der Proceß-

---

(4, 4), l. 39 §. 7, l. 40 pr., l. 46 §. 7, l. 47, 48 D. de proc. (3, 3), und Heffter: System §. 185. Specielle Proceßmandate aber sollen nach den Reichsgesetzen „nicht ad unum actum, sondern zu der gantzen Sachen gestellt sein, und anderer Gestalt vor genugsam nicht angenommen werden.“ Vgl. K. G. O. von 1555 III. 12 §. 9, G. B. vom 30. März 1593 §. 3, D. A. von 1600 §. 65, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 14 pr.

16) Vgl. §. 9 Note 37.

17) L. 42 §. 2 D. de proc. (3, 3), l. 25 i. f., l. 28, 30, 55 D. eod., l. 13 §. 1 D. de pact. (2, 14), l. 17 §. ult. D. de jurejur. (12, 2). Vgl. Mühlenbruch: Cession §. 8.

procurator auch nicht-processualische Handlungen vornehmen können, welche irgend wie mit der Proceßführung in Zusammenhang stehen, so wird entweder eine specielle oder eine dieselben in sich schließende generelle Vollmacht erfordert.[18] Umgekehrt aber ist er zu gewissen Handlungen, trotzdem daß sie processualische sind, nicht befugt, in der Regel nicht einmal zufolge speciellen Auftrags, nämlich zur Ausschwörung der gerichtlichen Eide, wozu er vielmehr den dominus selbst stellen muß.[19] Bei den auf einen einzelnen Proceß beschränkten Vollmachten insbesondere entsteht die Frage, ob sie auch das Verfahren der Executions- und Rechtsmittelinstanz umfassen.[20] Zu verneinen ist diese Frage ohne Zweifel da, wo ein solches Verfahren (die Instanz) durch eine selbständige Klage (die actio judicati,[21] das gegen ein rechtskräftiges Endurtheil gerichtete Restitutionsgesuch, die querela nullitatis insanabilis) eingeleitet wird, eben so allgemein zu bejahen aber, wo es entweder dem zu erzielenden rechtskräftigen Endurtheil vorausgeht (wie die Restitution gegen Interlocute,[22] die Appellation,[23] Revision, querela nullitatis sanabilis, die einfache Querel), oder zur unmittelbaren Verwirklichung eines rechtskräftig gewordenen Endurtheils dient (wie die Liquidations- und Executionsinstanz[24]), sich also in der einen oder andern Beziehung als Bestandtheil des seinem vollen Abschluß entgegenstrebenden Hauptverfahrens darstellt. Daß der

18) L. 13 pr. D. de pact. (2, 14), l. 60, 73 D. de proc., l. 17 §. ult., l. 18, 19 D. de jurejur. (12, 2), l. 6 §. 4 D. de conf. (42, 2), l. 86 D. de solut. (46, 3), l. 7 C. de transact. (2, 4). — Hier kommt denn auch der auf c. 4 in VI. de proc. (1, 19) beruhende Unterschied zwischen mandatum cum libera (sc. administratione) und sine libera in Betracht, über dessen Bedeutung und Anwendbarkeit zu vgl. ist Puchta: Pandecten §. 53 Note n.

19) L. 12 §. 4 C. de reb. cred. (4, 1), nov. 124 c. 1, c. 1 in VI. de jud. (2, 1). Ueber die Ausnahmen s. §. 25 Note 30, 31.

20) Die Entscheidung, welche hier folgt, ergibt sich aus der Natur der Sache; die überhaupt nur dürftigen Zeugnisse des R. und C. R. dürfen nicht ohne Rücksicht auf die im vorigen §. vorgetragenen Grundsätze benutzt werden.

21) Vgl. §. 9 Note 16.

22) Das c. 7 X. de in int. rest. (1, 41), welches in der Geschichtserzählung ein specielles Mandat für die Restitution gegen die Versäumung des peremtorischen Schlußtermins erwähnt, läßt nicht erkennen, ob das Endurtheil bereits ergangen war, oder nicht.

23) L. 4 §. 5 D. de appell. (49, 1), l. 2 pr. D. quando appell. (49, 4), l. 17 C. de proc. (2, 13). Hiermit stimmt auch c. 14 X. eod. (1, 38) überein, und fügt nur hinzu, der Procurator brauche die Appellation zwar nicht durchzuführen, handle aber obligationswidrig, wenn er das Mandat vor der Interposition der Apellation kündige.

24) Die in Note 16 angeführten Reichsgesetze bezeugen ausdrücklich, daß eine den ganzen Proceß betreffende Vollmacht die Executions-Instanz mit umfasse.

Procurator des Klägers sich auf die Widerklage einlassen **darf**, wenn er die cautio judicatum solvi leistet, versteht sich von selbst; daß er aber dazu **verpflichtet** ist, beruht auf einer im Interesse des Verklagten getroffenen singulären Anordnung,[25] welche auch noch der heutige Gerichtsgebrauch als bindend betrachtet, wennschon mit der Modification, daß er einen stillschweigenden Auftrag unterstellt, und deshalb von der Cautionsleistung absieht. Dagegen kann die vom römischen und canonischen Recht den Procuratoren eingeräumte Befugniß, sich nach der L. C. einen Substituten zu ernennen,[26] heutigen Tages nicht mehr in Anwendung kommen, weil sie auf dem dominium litis beruht. Vielmehr ist die Substitution überall den Grundsätzen gemäß zu beurtheilen, welchen sie nach jenen Rechten **vor** der L. C. unterworfen war, d. h. sie bedarf der besonderen Erlaubniß des dominus (clausula substituendi).[27] Jedoch möchte diese dem öffentlichen Procurator für rein formale Geschäfte, wie z. B. für die Ueberreichung von Recessen in Terminen, dem in unterer Instanz angenommenen Procurator für die Verfolgung der Rechtsmittel bei den höheren nur öffentliche Procuratoren zulassenden Gerichten, und dem procurator omnium bonorum für jede Verhandlung bei den höheren Gerichten als stillschweigend ertheilt zu betrachten sein. Sind mehrere Procuratoren zusammen ernannt worden, ohne weitere Bestimmung über die Art ihrer Betheiligung („sammt und sonders"), so kann der eine ohne den anderen nicht han-

---

25) L. 33 §. 3, 4, l. 34—39 pr., l. 43 §. 4, l. 70 D. de proc. (3, 3), l. 5 C. eod. (2, 13), fr. Vat. §. 330. **Mühlenbruch**: Cession S. 612 fg. will das in diesen Stellen dem Procurator vorgeschriebene „defendere" von der cautio de rato verstehen; allein einestheils kann er selbst die Beziehung der l. 34 cit. auf die Widerklage nicht bestreiten, und anderntheils spricht doch der ganze Inhalt jener Stellen namentlich von l. 35 §. 3 cit. an zu bestimmt gegen ihn. Vgl. **Bethmann-Hollweg**: Der röm. C. Pr. II. S. 421, 422. — Der procurator in rem suam ist von dieser Defensionspflicht frei, „si bona fide et non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, negotium sit gestum", d. h. wenn die Cession nicht simulirt oder untergeschoben worden ist, um dem Verklagten die Anstellung einer Widerklage gegen den dominus unmöglich zu machen, insbesondere also „si forte ex necessitate fuerit factus". Cf. l. 33 §. ult., l. 34 cit. Andere Erklärungen s. bei **Glück**: Commentar V. S. 276.

26) S. die in §. 9 Note 22 citirten Stellen, und c. 1 §. 1, c. 6 pr. in VI. de proc. (1, 19).

27) Cf. l. 8 §. 3 D. mandati (17, 1), l. 8 C. de proc. (2, 13), c. 1 §. 1 in VI. eod. (1, 19) [„nisi in rem suam sit datus, vel a domino substituendi alium, etiam certa non expressa persona, sibi fuerit concessa potestas"], und dazu **Bethmann-Hollweg**: Versuche S. 245 mit den daselbst Citirten.

deln,[28] während von mehreren gleichzeitig, jedoch in solidum („sammt oder sonders") ernannten Procuratoren, ebenso wie von mehreren procuratores praesumti derjenige, welcher zuerst Litem contestirt,[29] und von mehreren nach einander bestellten der spätere vorgeht.[30]

2. Was sodann die aus dem Mandat entspringenden Verpflichtungen anbelangt, so hat einestheils der dominus den Procurator wegen aller ihm durch den übertragenen Proceß verursachten Auslagen und Nachtheile unter Prästation von omnis culpa schadlos zu halten,[31] ihm auch, wenn er zum Stande der öffentlichen Procuratoren oder Advocaten gehört, das diesen gesetzlich zukommende,[32] sonst nur das etwa besonders versprochene Honorar zu zahlen.[33] Andererseits ist der Procurator verpflichtet, alle Proceßhandlungen mit möglichster Sorgfalt und nach Maaßgabe der ihm gegebenen und nöthigenfalls von ihm einzuholenden Instruction vorzunehmen,[34] auch gegen die ertheilten, der Rechtskraft fähigen Bescheide die zulässigen Rechtsmittel anzuzeigen,[35] und wegen der durch Versäumung einer dieser Pflichten entstandenen Nachtheile den dominus vollständig zu entschädigen. Sollte der Procurator insolvent sein, so hat sich der dominus den bei der Wahl desselben bewiesenen Mangel an Umsicht selbst vorzuwerfen; nach R. R. wird er deshalb der andern Partei gegenüber nicht restituirt,[36] obwohl er sich gegen dieselbe der a. de dolo

---

28) C. 6 pr. in VI. de proc. (1, 19).

29) L. 32 D. eod. (3, 3), c. 14 X. eod. (1, 38), c. 6 in VI. eod. (1, 19) und dazu Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 248.

30) L. 31 §. 2 D. eod. (3, 3), c. 14 X. eod. (1, 38). — Die practische Geltung der im Text aufgestellten Regeln bezeugt Glück: Commentar V. S. 264 nebst den daselbst Citirten. Wenn die K. G. O. von 1495 tit. 5 §. 4, von 1555 I. 19 §. 1 und das Conc. der K. G. O. von 1613 I. 31 pr. die Annahme mehrerer Procuratoren für eine und dieselbe Sache verbieten, so haben sie die besonderen Verhältnisse der K. G. Procuratoren vor Augen, und wollen verhüten, daß der Gegenpartei die Gelegenheit entzogen werde, einen ihr erwünschten Procurator zu bekommen.

31) L. 27 §. 4, l. 56 §. 4 D. mand. (17, 1), l. 4 C. eod. (4, 35). Vgl. auch l. 25 i. f., l. 30 D. de proc. (3, 3).

32) Hierüber gelten ganz und gar die oben in §. 8 aufgestellten Grundsätze.

33) L. 6 pr., l. 7 D. mand. (17, 1), l. 1 C. eod. (4, 35). Das Versprechen einer unbestimmten Vergütung aber ist ungültig — l. 56 §. 3 D. eod., l. 17 C. eod. —.

34) L. 8 §. 1, 2 D. eod. (17, 1), l. 11, 13 C. eod. (4, 35).

35) C. 14 X. de proc. (1, 38).

36) Entscheidend hierfür sind l. 23 i. f. D. de minor. (4, 4), l. 1 §. 15 D. quando appell. (49, 4), l. 10 C. de proc. (2, 13). Wenn nach l. 8 D. de in int. rest. (4, 1) [wo Burchardi: Die Lehre von der Wiedereinsetzung S. 446 nach dem Vorgang älterer Juristen statt „contra rempublicam" zu lesen vor-

bedienen kann, wenn der Procurator im Einverständniß mit ihr den Proceß dolose hat verloren gehen lassen.[37] In der italienischen und deutschen Doctrin aber hat sich die Ansicht festgestellt, daß in subsidium, d. h. wenn der Procurator insolvent sei, sowohl der dolus, als die culpa desselben die Restitution rechtfertige (restitutio ex culpa procuratoris).[38] Und noch weiter ist das R. K. Gericht gegangen, dem hierin die Territorialgerichte meist gefolgt sind, indem es von der Voraussetzung der Insolvenz dann absehen zu wollen erklärt hat, wenn der Procurator ein öffentlich autorisirter sei, und deshalb seine Wahl dem dominus nicht zum Vorwurf gereiche.[39]

2. Gesetzliche Vertreter.

§. 11.

Gesetzliche Vertreter sind solche, welche nicht durch die Wahl und den Auftrag des dominus, sondern in Folge gesetzlicher Vorschrift durch irgend einen anderen Umstand zur Vertretung berufen sind. Ihnen allen ist principaliter die Vermögensverwaltung, auf Grund und im Umfang derselben aber zugleich die Entscheidung der Frage, ob ein Proceß geführt werden solle, und nicht minder

---

schlägt „contra rem judicatam"] dem von einem Procurator vertretenen rei publicae causa absens gegen den Ablauf der Interpositionsfrist Restitution ertheilt wird, so hat dies seinen Grund darin, daß der dominus, obschon das dominium litis auf den Procurator übergegangen war, doch interveniendo selbständig appelliren durfte. Vgl. §. 7 Note 3.

37) L. 8 §. 1 D. mand. (17, 1), l. 7 §. 9 D. de dolo malo (4, 3).

38) Man ging dabei zwar von der Regel des R. R. aus, nahm aber doch an, daß dolus und contumacia, als außerhalb des dem Procurator ertheilten Auftrags liegend, dem dominus nicht nachtheilig werden dürften, und gelangte zu dem im Text bezeichneten Resultat mit Hülfe von Stellen, welche in anderen Anwendungen die Restitution wegen Insolvenz des zunächst Verpflichteten zulassen, wie l. 23 D. de minor. (4, 4), l. 7 §. 1 D. de instit. act. (14, 3), l. 6 §. 1 D. mandati (17, 1), — l. un. §. 2 D. si quis jus dic. non obt. (2, 3), — l. 3 §. 1 D. de eo, per quem (2, 10), l. 7 §. 9 D. de dolo malo (4, 3), l. 8 §. 1 D. mand. (17, 1), l. 12 pr. D. de furt. (47, 2). — Cf. gl. restituimus] und gl. negligentia] in c. 2 X. de in int. rest., Baldus in l. 3 C. quomodo et quando jud. nr. 6, in auth. Hodie. C. de appell., Panormitanus in c. 1 ut lite non cont. nr. 16, Felinus eod. nr. 6, Gaill: Obs. I. 45, I. 139 nr. 9, I. 143 nr. 6, Hartm. Pistoris: Quaest. I. 30 nr. 7, Carpzov: Defin. I. 1 d. 23, und die bei Glück: Commentar VI. S. 48 N. 74 Citirten.

39) Vgl. besonders Ludolf: Obs. for. II. 134, III. 254, und die übrigen bei Glück: a. a. O. V. S. 49 N. 75, 76 Citirten, so wie das dubium camerale vom 19. Mai 1786 bei Bergmann: Corp. jur. jud. S. 484 fg. Von den Voraussetzungen und dem Umfang dieser Restitution wird in §. 53 Note 23—31 die Rede sein.

die processualische Vertretung selbst anvertraut. Es gehören hierher:

1. die **Tutoren** und **Curatoren**, mit Einschluß der curatores hereditatis jacentis, bonorum absentis, bonorum ventrisque, ex edicto Carboniano und des Massecurator im Concurse, welche sämmtlich zur Proceßführung keine andere Stellung, als zur Vermögensverwaltung haben.[1] Insbesondere ist von mehreren tutores gerentes ein jeder zur Proceßführung legitimirt,[2] falls nicht die Obervormundschaft eine Theilung der Verwaltung angeordnet, und damit einem jeden ein besonderes Gebiet der processualischen Vertretung zugewiesen hat.[3] Die custodia rerum aber, auf welche die curatores bonorum beschränkt sind, enthält das Recht der Klagstellung nur soweit, als zur Verhütung von Vermögensverlusten erforderlich ist,[4] unbeschränkt dagegen die Pflicht und also auch die Legitimation zur Vertheidigung.[5] Ist der Vormund verhindert, selbst vor Gericht aufzutreten, so kann er durch den Mündel (impubes oder minor) einen procurator ernennen lassen, und seinerseits die dazu erforderliche Mitwirkung gewähren,[6] er kann aber auch — und dies ist der heut zu Tage allein übliche Weg — der Obervormundschaft einen Vertreter, der hier **actor** genannt wird, in Vorschlag bringen, damit ihn dieselbe nach vorgängiger Cognition durch Decret bevollmächtige.[7] Die vom R. R. dem Vormund nach der L. C. unbedingt eingeräumte

1) Vgl. **Rudorff**: Das Recht der Vormundschaft II. S. 450 fg. und S. 356 fg., so wie den §. 12 Note 13.

2) L. 24 §. 1 D. de adm. tut. (26, 7), l. 1 C. eod. (5, 37), l. 3 D. de cur. bonis dando (42, 7).

3) L. 4 D. de adm. tut. (26, 7), l. 3 §. 7 D. jud. solvi (46, 7).

4) L. 1 §. 21 D. de ventre in poss. mitt. (37, 9), l. 14 pr. D. de rebus auct. jud. possid. (42, 5), l. 1 §. 4 D. de muner. (50, 4).

5) A. M. **Pfeiffer**: Pract. Ausführungen IV. S. 359 fg., **Strippelmann**: Neue Sammlung bemerk. Entsch. I. S. 218 fg. Für die oben aufgestellte Ansicht aber, mit welcher **Gaill**: Obs. II. 130 nr. 3 nebst den von ihm citirten italienischen Juristen übereinstimmt, ist außer der (freilich zunächst nur von den Tutoren redenden) l. 30 D. de adm. tut. (26, 7) [„Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat"], die Betrachtung entscheidend, daß, da nach R. R. wegen Mangels der Defension die missio in bona, also jedenfalls ein Vermögensnachtheil eintritt, der zur „custodia rerum", d. i. zur Abwendung von Vermögensnachtheilen Verpflichtete nothwendig auch zur Defension verpflichtet sein muß. Vgl. darüber **Rudorff** II. S. 456 fg.

6) L. 11, 14 C. de proc. (2, 13).

7) §. 6 I. de curat. (1, 23), l. 24 pr. D. de adm. tut. (26, 7), l. 6 D. quando ex facto tut. (26, 9), l. 9 D. rat. rem hab. (46, 8), l. un. C. de actore a tutore vel curat. dando (5, 61), l. 11 C. de proc. (2, 13), l. 10 C. qui dare tut. (5, 34).

Substitutionsbefugniß[8] ist als auf dem dominium litis beruhend nicht mehr practisch.

2. die Vorsteher und syndici juristischer Personen. Da die juristischen Personen keinen natürlichen Willen haben, so können sie einen Vertreter, der ihr Vermögen verwaltet, und ihre Processe führt, eben so wenig entbehren wie die furiosi.[9] An sich nun steht ihre Vertretung dem Vorstande zu;[10] sie kann demselben aber auch entzogen, und namentlich die processualische Vertretung einem besonderen Beamten zugewiesen sein,[11] der syndicus genannt wird.[12] Ueber alles Dieses, so wie darüber, ob der geordnete Vertreter wiederum einen Procurator ernennen dürfe, entscheiden die Statuten. Nur versteht sich von selbst, daß die mit der Vermögensverwaltung etwa betrauten Collegien auch ohne statutarische Autorisation zur Bestellung eines Procurator befugt sind, da sie vor Gericht selbst nicht auftreten können.[13] Der für einen einzelnen Proceß bestellte Procurator einer juristischen Person heißt actor.[14] Auch der Fiscus, d. i. der Staat als Subject von Vermögensrechten gedacht, wird wohl zu den juristischen Personen gezählt. Dies ist zwar staatsrechtlich unstatthaft, weil die öffentlichen und Vermögensrechte, welche man dem „Staat" zuzuschreiben pflegt, Rechte des Staatsoberhauptes sind. Allerdings aber können die mit der Verwaltung des s. g. Staatsvermögens betrauten

---

8) L. 11 C. de proc. (2, 13).

9) L. 8 D. quod cujusque univ. (3, 4). Vgl. Savigny: System II. S. 283, 295 fg.

10) C. 21 X. de rescr. (1, 3): „— quum ex officio suo teneantur abbates congregationum suarum negotia procurare, nisi forte abbatis et conventus negotia essent omnino discreta."

11) L. 3 D. qu. cujusque univ. (3, 4) [„Nulli permittetur nomine civitatis vel curiae experiri, nisi ei, cui lex permittit, aut lege cessante ordo dedit"], l. 6 §. 1 in f. D. eod., c. 7 X. de proc. (1, 38), c. 1 X. de syndico (1, 39).

12) Die l. 18 §. 13 D. de muner. (50, 4) sagt: „Defensores quoque, quos Graeci syndicos vocant, et qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur, laborem personalis muneris aggrediuntur." Da hier der Syndicus von Demjenigen unterschieden wird, welchem eine einzelne Sache aufgetragen worden ist, dem „actor" (vgl. Note 14), so rechtfertigt sich der im Text befolgte heutige Sprachgebrauch schon aus dem römischen Recht. Vgl. auch l. 6 §. 1 in f. D. qu. cuj. univ. (3, 4). In l. 1 §. 1, 2 D. eod. werden „syndicus" und „actor (durch „sive" und „vel" verbunden) neben einander gestellt, ohne daß ein bestimmter Unterschied hervortritt. Jedenfalls aber stimmt der heutige Sprachgebrauch mit dem C. R. überein, wie c. 1 X. de syndico (1, 39), c. 2 X. de in int. rest. (1, 41) ergeben.

13) Cf. l. 1 §. 1 D. qu. cuj. univ. (3, 4), c. 2 X. de in int. rest. (1, 41).

14) Vgl. Note 12, so wie l. 2, l. 6 §. 1, 3, l. 10 D. quod cujusque univ. (3, 4), l. 9 D. rat. rem hab. (46, 8).

Behörden, sofern ihre Competenz durch die Gesetze geregelt ist, als gesetzliche Vertreter des Staatsoberhauptes betrachtet werden, welche in Kraft und im Umfang ihres Amts speciell auch für die Proceßführung competent sind, und mit Rücksicht auf die öffentlichen Bekanntmachungen, die den Personalbestand der Behörden kund geben, regelmäßig gar keiner besonderen Legitimation bedürfen. Eine gleiche Bewandtniß hat es mit den für die Staatsprocesse angestellten Procuratoren; jedoch sind diese häufig eben so wie andere untergeordnete Beamte, in jedem einzelnen Falle zur Nachweisung der speciellen Autorisation einer höheren Behörde verpflichtet.[15]

3. die patresfamilias, welche das Recht haben, ihre Haussöhne in allen auf die Adventicien bezüglichen Processen persönlich oder durch einen Procurator[16] zu vertreten, vorausgesetzt, daß dieselben, wenn sie mündig, oder wie heut zu Tage gesagt werden muß, volljährig, und anwesend sind, sich mit der Proceßführung einverstanden erklären.[17] Diese Befugniß beruht nicht auf dem väterlichen Nießbrauch, sondern auf dem damit verbundenen Administrationsrecht und der Vater erscheint darum nicht als selbstberechtigte Partei, sondern handelt im Namen des Sohnes. Eigenthümlich ist jedoch die Vertretung, welche den patresfamilias in Betreff der von ihren Haussöhnen erworbenen actiones ex bono et aequo conceptae zukommt. Da diese Klagen auf keinem Vermögensinteresse beruhen, so kann man sie den Adventicien nicht beizählen, wie sie denn auch nach früherem Recht vom Sohne für

---

15) Verschieden von der Vertretung einer juristischen Person, namentlich des Staats und der Kirche, ist die Geltendmachung der Rechte des mit einer Stelle verbundenen Beneficium, welche von dem Pfründner mittelst einer utilis actio geschieht (II. F. 8 pr. 43), mitunter jedoch von der Genehmigung des Oberen abhängig ist. Vgl. Eichhorn: Grundsätze des Kirchenrechts II. S. 746.

16) L. 1 C. de bon. mat. (6, 60).

17) L. 1 C. de bon. mat. (6, 60), l. 6 §. 2, l. 8 §. 3 C. de bonis, quae lib. (6, 61). Marezoll in der Zeitschr. für C. R. und Pr. VIII. S. 372 fg. will ohne genügenden Grund das in der letzten Stelle erwähnte Zustimmungsrecht der Söhne auf den Fall beschränken, wo die zu führenden Processe mit dem Erwerb von Erbschaften zusammenhängen. Allerdings wird dasselbe bei dieser Gelegenheit erwähnt, aber daraus folgt nicht, daß es nur hier Anwendung finden sollte. Vgl. Puchta: Pandecten §. 436 Note g. In der Kurhessischen Praxis wird jedoch diese Zustimmung nicht mehr gefordert — vgl. Erk. des O. A. Gerichts zu Cassel bei Strippelmann: Neue Sammlung V. S. 384 —, jedenfalls kann sie nach dem, was heut zu Tage von den bona adventicia irregularia gilt (s. Note 20), nur noch von den volljährigen Haussöhnen gefordert werden.

sich und nicht für den Vater erworben wurden. Dennoch sind sie auf einen Vermögenswerth gerichtet, der, sobald er gezahlt wird, als adventicium zu betrachten ist, und daraus erklärt sich, daß sie regelmäßig vom Vater, und vom Sohn selbst nur dann sollen angestellt werden, wenn der Vater verhindert oder säumig ist.[18] Dagegen sind die filiifamilias nach R. R. in allen anderen vermögensrechtlichen Verhältnissen vollkommen selbständig; das peculium castrense und quasi castrense, das peculium adventicium irregulare und die Schulden, die sie durch Vertrag, Delict oder in sonstiger Art contrahirt haben, unterliegen dem väterlichen Administrationsrecht nicht. Und in der That hat dies um deswillen wenig Bedenken, weil meist schon die Begründung jener Verhältnisse einen zur eignen Verwaltung befähigten Willen voraussetzt, zudem der paterfamilias für die unmündigen und minderjährigen Söhne negotia geriren, insbesondere als procurator praesumtus für sie Recht nehmen und Recht geben kann, und wenn er sich dem entzieht, den Söhnen die Freiheit zur Erbittung eines curator gibt.[19] In der deutschen Praxis jedoch haben sich ziemlich überall die Grundsätze des älteren deutschen Rechts über das väterliche Mundium in der Gestalt erhalten, daß der Vater als Vormund seiner minderjährigen und wahnsinnigen Haussöhne sowohl zur Verwaltung ihres Vermögens, als auch zu ihrer Vertretung vor Gericht berechtigt sein soll.[20] Und da hiermit die Nothwendigkeit einer Vormundschaft für solche Haussöhne anerkannt ist, so wird durch die Behinderung oder schlechte Wirthschaft des Vaters das obervormundschaftliche Gericht veranlaßt, von Amtswegen für anderweitige Bevormundung zu sorgen.[21]

Aus diesen gesetzlichen Repräsentationsverhältnissen entspringen nun auch quasi ex contractu ähnliche Verpflichtungen, wie aus

---

18) Vgl. die vortreffliche Darstellung, welche Savigny: System II. S. 99—131 von dieser Classe der Klagen gibt.

19) Cf. l. 7 pr. C. de curat. fur. (5, 70), l. 8 §. 1 C. de bonis, quae lib. (6, 61), nov. 117 c. 1 §. 1.

20) Vgl. Eichhorn: Einleitung §. 315 unter II. 3, Rudorff: Das Recht der Vormundschaft I. S. 177, 182, Kraut: Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts II. S. 628 fg. vgl. mit S. 4 fg., S. 614, Strippelmann: Neue Sammlung V. S. 134 fg., Erk. des O. Trib. zu Stuttgart und des O. A. G. zu Oldenburg bei Seuffert: Archiv III. 377, VII. 197, Roth und Meibom: Kurhessisches Pr. R. I. S. 127 fg., S. 498, Buchka und Budde: Entscheidungen des O. A. G. zu Rostock III. 19.

21) Strippelmann a. a. O. S. 603 fg., Kraut a. a. O. II. S. 627, Roth und Meibom a. a. O. I. S. 499.

dem Mandat, und namentlich hat der dominus wegen der durch die Schuld des Repräsentanten herbeigeführten Nachtheile einen Anspruch auf Entschädigung,[22] so wie daneben das Rechtsmittel der Restitution.[23] Dieses ist jedoch regelmäßig durch die Insolvenz des Repräsentanten bedingt, und nur dann, wenn der dominus minderjährig ist oder die Rechte der Minderjährigen hat, findet es unbedingt Statt.[24]

Von der legitima persona standi in judicio.*

§. 12.

In dem Bisherigen sind die Grundsätze entwickelt worden, welche sich für das Verhältniß der Parteien zu einander, und die Stellung Dritter zu denselben aus der materiellen Grundlage der judicia, der actio, ergeben. Es sollen nunmehr die persönlichen Eigenschaften nachgewiesen werden, welche die Parteien haben müssen, um zur Begründung und Auflösung der judicia fähig zu sein.

Hierbei versteht sich zunächst von selbst, da die Processe Rechtsverhältnisse sind, daß die Fähigkeit activ oder passiv daran betheiligt, d. h. Partei zu sein, jedem als Rechtssubject Anerkannten, also heut zu Tage allen Menschen,[1] aber auch den juristischen Personen[1a] zukommt. Eine Singularität ist es, daß nach dem

22) L. 5 §. 6 D. de adm. tut. (26, 7), l. 11, 28 pr. C. eod. (5, 37), l, 1 C. de bon. mat. (6, 60).

23) Dies folgt in Fällen, wo ein besonderer Restitutionsgrund fehlt, aus der Analogie der Grundsätze, welche die Praxis für die gewillkührten Vertreter ausgebildet hat (§. 10 Note 38); die Restitution ersetzt die Contractsklage. Vgl. auch l. 13 §. 11 C. de jud. (3, 1).

24) L. 25 D. de adm. tut. (26, 7), l. 2, 3 C. si tutor. (2, 25), l. 4, 5 C. si adv. rem jud. (2, 27), c. 2 X. de in int. rest. (1, 41). Nicht entgegen l. 13 §. 11 C. de jud. (3, 1), welche in der Insolvenz des Vertreters nur den gewöhnlichen Anlaß zur Restitution bezeichnet. Vgl. auch Burchardi: Wiedereinsetzung S. 101, Rudorff a. a. O. II. S. 464, Savigny: System VII. S. 144.

*) Tit. Cod. 3, 6, qui legitimam personam standi in judicio habeant. — Dapp: Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß, Frankf. 1789, 1829 I. Theil. Linde in der Zeitschr. für C. R. und Pr. R. F. X. 6, 7.

1) Sclaven konnten nach R. R. nicht Partei sein („Cum servo nulla actio est"). Cf. l. 107 D. de R. J. (50, 17), l. 6 C. de jud. (3, 1). Ausnahmen finden sich in l. 53 D. de jud. (5, 1), l. 24 D. de lib. causa (40, 12), tit. C. de assertione tollenda (7, 17).

1 a) Das, was l. 7 pr. D. quod. cuj. univ. (3, 4) [„Sicut municipum nomine actionem Praetor dedit, ita et adversus eos justissime edicendum

Deutschen Handelsgesetzbuch Handels- und Commanditgesellschaften als solche, gleich als seien sie selbständige Rechtssubjecte, unter ihrer Firma klagen und verklagt werden können.[1b] Dagegen haben nicht alle Rechtssubjecte die Fähigkeit, einen Proceß, an dem sie betheiligt sind, selbst zu führen. Denn

1. einen Proceß führen heißt Handlungen vornehmen, durch welche bestehende Ansprüche aufgehoben, und neue Verbindlichkeiten begründet werden,[2] und dazu geht die Fähigkeit nicht bloß den Handlungsunfähigen ab, also den infantes, furiosi[3] und juristischen Personen,[4] sondern auch denjenigen, welche keinen vollkommenen Willen haben, d. i. den impuberes infantia majores[5] und in den Ländern, in denen die Geschlechtsvormundschaft besteht, den Frauen,[6] oder welchen die Disposition über ihr Vermögen entzogen ist, wie den puberes minores,[7] den prodigi[8] und den Concursschuldnern in Bezug auf das zur

putavit"] von den Municipien sagt, gilt von allen juristischen Personen. Cf. l. 1 §. 1 D. eod., und dazu Savigny: System II. S. 295 fg.

1b) D. H. G. Art. 111, 164. Vgl. Renaud: Lehrbuch §. 49 Note 17.

2) S. darüber §. 14.

3) L. 1 §. 2 D. de adm. tut. (26, 7), l. 9 D. de re jud. (42, 1). Vgl. auch l. 4 pr., l. 22 pr. D. de in jus voc. (2, 4).

4) Vgl. §. 11. 2 und Savigny: System II. S. 283.

5) L. 1 C. h. t. (3, 6). Vgl. auch l. 2 C. eod., l. 1 §. 2, 4 D. de adm. tut. (26, 7).

6) Vgl. Kraut: Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts II. S. 308 fg., Beseler: System des gem. deutschen P. R. II. §. 147, Gerber: System des deutschen Pr. R. §. 245, 246.

7) Nach R. R. waren bekanntlich diejenigen puberes minores, welche keinen curator hatten, nicht dispositionsunfähig; sie konnten aber, wenn unter 17 Jahren, weder für sich, noch für Andere postuliren — l. 1 §. 3 D. de post. (3, 1) —, und erhielten ohne Rücksicht auf das Alter, wenn sie in eigner Sache auftreten wollten, ohne um einen Curator zu bitten, einen solchen für den bevorstehenden Proceß (curator in litem) von Amts wegen beigeordnet — l. 1 C. qui petant (5, 31), l. 11 C. qui dare tut. (5, 34), §. 2 I. de curat. (1, 23) —. Dagegen ging denen, welche „administrandi patrimonii causa" einen Curator erbeten hatten, die Disposition über ihr Vermögen überhaupt ab, und sie waren um dieses Umstands willen nicht im Stande, für sich selbst Processe zu führen. Von einem solchen sagt die l. 5 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5): „sui non est idoneus defensor." Vgl. auch l. 2 C. h. t. (3, 6). Dies ist der Standpunct des heutigen Rechts, nach welchem die Obrigkeit allen puberes minores einen Curator geben soll. Jedoch gestattet das C. R. den puberes minores, in causis spiritualibus ohne Consens ihres Curator zu handeln — c. 14 X. de rest. spol. (2, 13), c. 3 in VI. de jud. (2, 1) — und ein Erk. des O. A. Gerichts zu Celle bei Seuffert: Archiv IX. 78 erkennt dies noch als practisch an, während das O. A. G. zu Cassel nach Roth und Meibom: Kurhessisches Pr. R. I. S. 129 sich wiederholt für das Gegentheil ausgesprochen hat. Eine andere, nicht mehr practische Ausnahme enthält l. 3 §. 11 D. de lib. hom. exhib. (43, 29).

8) Von ihrer Unfähigkeit zur Proceßführung sprechen die Quellen nicht besonders; sie versteht sich aber von selbst, mag man den prodigus nach l. 3 C.

Concursmasse gehörige Vermögen.[9] Allerdings können nach R. R. die impuberes infantia majores tutore auctore,[10] und die puberes minores cum consensu curatoris,[11] so wie nach deutschem Recht die der Geschlechtsvormundschaft unterworfenen Frauen unter dem Beistand ihres Vormunds sowohl selbst vor Gericht handeln, als einen Proceßprocurator bestellen. Allein nur der Geschlechtsvormund ist auf diese Art der Mitwirkung beschränkt,[12] die Altersvormünder pflegen heut zu Tage, wie schon das R. R. gestattete, ganz allgemein für ihre Mündel aufzutreten,[13] und Dasselbe thun die gesetzlichen Vertreter, welche den anderen eben genannten Personen beigeordnet sind.

Eine besondere Erwähnung verdienen aber noch die filiifamilias. Bei ihnen ist an sich die Fähigkeit zur Proceßführung eben so zu beurtheilen, wie bei selbständigen Personen;[14] sie wird ihnen also durch die vorhin genannten Gründe, und nach heutigem Recht auch durch die Minderjährigkeit als solche[15] entzogen, nicht aber durch das Gewaltsverhältniß, in welchem sie stehen. Die filiifamilias können mithin, sofern sie handlungs- und dispositionsfähig sind, sowohl für sich, als für Andere[16] vor Gericht auftreten.

---

de in int. rest. min. (2, 22) [„cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est"] mit dem pubes minor, oder nach l. 9 §. 7 D. de reb. cred. (12, 1) [„puto pupillo eum comparandum"] mit dem Pupillen, oder nach l. 40 D. de R. J. (50, 17) [„Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est"] und l. 1 pr. D. de cur. fur. (27, 10) gar mit dem furiosus vergleichen.

9) L. 17 pr. D. de recept. (4, 8): „Item si unus ex litigatoribus bonis suis cedat, Julianus libro IV. Digestorum scribit, non esse cogendum arbitrum sententiam dicere, quum neque agere, neque conveniri possit." Ueber die im Text angenommene Beschränkung vgl. Bayer: Theorie des Concurs-Pr. §. 23. Für allgemein zulässig wird zu halten sein, daß die in den Concurs nicht eingetretenen Gläubiger schon während des Concurses gegen den Schuldner selbst klagen; nur auf Befriedigung aus der Concursmasse haben sie keinen Anspruch. Vgl. auch l. 4 §. 1 mit l. 6 D. de cess. bon. (42, 3).

10) L. 55 pr. D. de evict. (21, 2), l. 1 §. 2, 4 D. de adm. tut. (26, 7), l. 2 C. h. t. (3, 6). Vgl. auch l. 5 pr. D. de O. N. N. (39, 1).

11) L. 1 §. 3, 4, l. 25 D. de adm. tut. (26, 7), l. 2 C. h. t. (3, 6).

12) Vgl. die Citate der Note 6.

13) L. 1 §. 2—4, l. 2, 22, 23, 24 §. 1, l. 28 D. de adm. tut. (26, 7), l. 58 §. 4 D. de furt. (47, 2), l. 11 §. 2 D. de injur. (47, 10). Vgl. auch l. 7 §. 1 D. de O. N. N. (39, 1), l. 3 §. 1, 4, 6, 7 D. jud. solvi (46, 7).

14) Dies ergibt sich aus §. 11. 3.

15) Vgl. §. 11 Note 20, 21, Roth und Meibom: Kurh. Pr. R. I. S. 127—129, Erk. des O. Trib. zu Stuttgart bei Seuffert: Archiv III. 377, Erk. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen III. 19. Für die Studirenden pflegt jedoch durch die academischen Gesetze eine Ausnahme gemacht zu sein.

16) S. §. 10 Note 6.

Für sich insbesondere, wenn sie aus den von ihnen übernommenen Verpflichtungen belangt werden,[17] oder wenn sie aus den zum peculium castrense,[18] quasi castrense[19] und adventicium irregulare[20] gehörigen Rechten zu klagen veranlaßt sind. Zwar bedürfen sie zu Klagen, welche sich auf das peculium adventicium irregulare beziehen, der väterlichen Einwilligung; allein diese kann durch den Richter erzwungen werden,[21] und ist also eine leere Formalität. Allerdings aber ist die väterliche Gewalt insofern von Einfluß, als sie gerade denjenigen Erwerb der filiifamilias, welcher am häufigsten vorkommt, das peculium adventicium regulare, dem Nießbrauch und der Administration des Vaters unterwirft,[22] so daß in Beziehung darauf die filiifamilias zur Proceßführung nicht legitimirt sind.[23] Jedoch dürfen sie die in ihrer Person entstandenen actiones ex bono et aequo conceptae, welche obwohl nicht selbst schon Adventicium, doch auf einen dem Adventicium zufallenden Vermögenserwerb abzielen, wenigstens im Fall der Säumniß oder Behinderung des Vaters anstellen.[24] Und haben sie fremde Sachen, die sie an Dritte zu restituiren verpflichtet sind, Anderen zu Depositum gegeben oder commodirt, so sind sie, als die an der Wiedererlangung der Detention allein Interessirten, auch zur Erhebung der betreffenden Klagen berechtigt.[25] Daß ihnen

---

17) L. 3 §. 4 D. de minor. (4, 4), l. 57 D. de jud. (5, 1), l. 34, 35 D. de noxal. act. (9, 4), l. 45 D. de pecul. (15, 1), l. 39 D. de O. et A. (44, 7).

18) L. 4 §. 1, l. 9 D. de castr. pec. (49, 17). Auch gegen den Vater kann der Sohn in Betreff des peculium castrense klagen. Cf. l. 4 D. de jud. (5, 1), l. 53 §. 4—7 D. de furt. (47, 2) und dazu §. 5 Note 4.

19) Das peculium quasi castrense folgt der Analogie des peculium castrense. Vgl. die Stellen bei Arndts: Lehrbuch der Pandecten §. 431 Note l—r.

20) L. 8 pr. C. de bonis, quae lib. (6, 61). Vgl. auch nov. 117 c. 1 §. 1.

21) L. 8 pr. C. cit.: — „Necessitate per officium judicis patri imponenda tantummodo filio consentire, vel agenti, vel fugienti, ne judicium sine patris voluntate videatur consistere.“ Vgl. Savigny: System II. S. 97 Note m, welcher in dem Erforderniß der väterlichen Einwilligung eine Reminiscenz an das ältere Recht findet, während Marezoll in der Zeitschr. für C. R. und Pr. VIII. S. 442 fg. dasselbe ohne genügenden Grund auf den wider den Willen des Vaters vom Sohn gemachten Erwerb beschränkt. Jedenfalls spricht hiergegen c. 3 in VI. de jud. (2, 1).

22) S. §. 11 Note 17.

23) Die von ihnen ausgewirkten Urtheile sind ungültig. Vgl. Strippelmann: Neue Sammlung V. S. 589.

24) Die schon im älteren Recht anerkannte Befugniß des filiusfamilias, diese Klagen unter Umständen selbst anzustellen, wird im Allgemeinen hervorgehoben in l. 8 pr. D. de proc. (3, 3), l. 9 D. de O. et A. (44, 7); specielle Nachweisungen gibt Savigny a. a. O. II. S. 99—131. S. auch §. 11 Note 18.

25) L. 9 D. de O. et A. (44, 7), l. 19 D. depos. (16, 3). Vgl. auch l. 21

gestattet ist, auf Grund eines ihrer eigenen Verwaltung überlassenen Peculs und da, wo es sich um Familienverhältnisse handelt, sogar den Vater zu belangen, wurde schon bei früherer Gelegenheit bemerkt.[26]

2. Andererseits sollen gewisse Personen, denen die erforderliche Handlungs- und Dispositionsfähigkeit nicht abgeht, dennoch vor Gericht nicht zugelassen werden. So durften nach älterem deutschen Recht Geächtete,[27] und nach einer antiquirten Vorschrift des C. R. Excommunicirte,[28] bevor sie ihre Absolution erwirkt hatten, weder als Kläger, noch als Verklagte auftreten, als Verklagte jedoch einen Procurator ernennen.[29] Und eine noch anwendbare Bestimmung des R. R. verhindert die Tauben (sowie ohne Zweifel auch die bloß Stummen), ihre Anträge selbst zu stellen,[30] gestattet ihnen aber schlechthin die Ernennung eines Procurator,[31] und schreibt für den Fall, daß sie hierzu nicht im Stande sein sollten, die gerichtliche Anordnung eines Curator vor.[32]

Diejenigen Personen nun, welche aus einem der vorstehenden Gründe an der Proceßführung verhindert sind, werden, wenn sie dennoch in einem Rechtsstreit auftreten, vom Richter ex officio zurückgewiesen, in welchem Stadium sich das Verfahren auch befinden möge, und mit Rücksicht auf diese gemeinsame Wirkung reden die Neueren in allen vorbenannten Fällen vom Mangel der legitima persona standi in judicio.[33] Das R. R. dagegen

D. de damno inf. (39, 2). Die von Gai. IV. 47 erwähnte formula in factum concepta scheint gerade im vorliegenden Fall angewandt worden zu sein, wie sich aus l. 13 D. de O. et A. (44, 7) schließen läßt.

26) S. §. 5 Note 4.

27) Sächs. Ldr. II. 63 §. 2, III. 16 §. 3, Schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 228 §. 2. Vgl. Budde: Ueber Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit S. 74. Weiter gehende Wirkungen hat die Oberacht, über welche zu vergl. ist ders. S. 76, so wie Landfr. von 1521 tit. 15, von 1548 tit. 7, K. G. O. von 1555 IV. 9 §. 2, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 10 §. 2.

28) C. 7 X. de jud. (2, 1), c. 8 in VI. de sent. excomm. (5, 11), c. 1 in VI. de except. (2, 12). Vgl. auch const. Friderici II. a. 1220 c. 7 (bei Pertz: II. p. 236), K. G. O. von 1555 II. 9 §. 2.

29) Zu der Ansicht, daß diese Vorschrift des C. R. nicht mehr practisch sei, neigt sich jetzt auch Bayer: Vorträge §. 20 (8. Aufl.); jedenfalls hat sich in den protestantischen Ländern nach J. H. Boehmer: J. E. P. I. 37 §. 8 die fragliche Wirkung der Excommunication nicht erhalten, und sie möchte daher auch mit dem Rechtszustande paritätischer Länder unverträglich sein.

30) L. 1 §. 3 D. de postul. (3, 1).

31) L. 43 pr. D. de proc. (3, 3). S. §. 10 Note 3.

32) L. 3 §. 3, l. 4 D. de postul. (3, 1), l. 12 pr. D. de tut. dat. (26, 5), l. 65 §. 3 D. ad S. C. Treb. (36, 1), l. 14 §. 7 D. de solut. (46, 3), §. 4 I. de curat. (1, 23).

33) Dieser Ausdruck selbst kommt nur einmal in den römischen Rechts-

beschränkt diesen Ausdruck auf die Fälle unter 1., und bezeichnet in denen unter 2. das Postuliren als verboten („postulare prohibiti"),[34] was den Vorzug hat, daß zwei sachlich verschiedene Begriffe auch in der Terminologie auseinander gehalten werden. Sachlich unterscheidet sich aber in der That das Verbot des Postulirens von dem Mangel der legitima persona standi in judicio darin, daß jenes auf processualischen Rücksichten beruht, und somit recht eigentlich dem Proceßrecht angehört, dieser dagegen mit der civilrechtlich bestimmten Handlungs- und Dispositionsunfähigkeit identisch ist. Im Fall einer Collision der Statutarrechte wird deshalb das Verbot des Postulirens nach dem für das competente Gericht geltenden Recht, die legitima persona standi in judicio nach dem Recht des Domicils beurtheilt.[35] Und sollte versehentlich ein postulare prohibitus zu den Verhandlungen zugelassen sein, so ist das auf dieselben gegründete Urtheil nicht ungültig, während die Theilnahme eines Dispositionsunfähigen wenigstens das gegen ihn ausfallende, und die eines Handlungsunfähigen ein jedes Urtheil ungültig macht.[36] Woraus sich die weitere Folge ergibt, daß, wenn eine jener Personen belangt werden soll, der am Postuliren Verhinderte persönlich, statt des Handlungs- und Dispositionsunfähigen dagegen der gesetzliche Vertreter zu laden ist.[37]

---

quellen vor, in der rubr. huj. tit., dagegen wird der Ausdruck „persona" in dieser und verwandten Anwendungen zur Bezeichnung der rechtlichen Fähigkeit zu einer Handlung auch sonst gebraucht. Cf. l. 11 C. qui dare tut. (5, 34) [„— in universis litibus placet non prius puberem justam habere personam, nisi —"], l. 3 C. Th. de bonis mat. (8, 18) [„— majorem sibi in rebus filiorum vindicare personam —"], Interpr. ad l. un. C. Th. de his qui veniam aetatis impetr. (2, 17) [„adolescentes qui — ad gubernandas facultates suas idoneam cupiunt habere personam"].

34) Daß die Römer die Fälle unter 1. und 2. aus verschiedenen Gesichtspuncten betrachten, ergibt sich einestheils aus dem Inhalt dieses Titels (C. 3, 6), der Nichts über die Unfähigkeit zum Postuliren sagt, anderntheils aus den titt. de postulando, welche keine Bestimmungen über die Handlungs- und Dispositionsfähigkeit enthalten.

35) Dieser Unterschied ist namentlich mit Beziehung auf den Beistand des Geschlechtsvormundes besprochen worden, worin die Einen eine bloße processualische Förmlichkeit (also eine Beschränkung des Postulirens) — vgl. das Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert: Archiv IV. 236, Mittermaier im Arch. für civ. Pr. XIII. S. 305, Francke: Der gem. deutsche und Schl. Holst. C. Pr. I. §. 21 Note 4 (bei welchem jedoch der Irrthum nach einer anderen Seite hin liegt) —, Andere mit Recht ein Ueberbleibsel der vom älteren deutschen Recht angenommenen unvollkommenen Handlungsfähigkeit der Frauen sehen — vgl. Kraut: Die Vormundschaft II. S. 322, Beseler: System II. §. 147 a. E., und ein neueres Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert XIII, 181 —.

36) L. 9, 45 §. 2, l. 54 pr. D. de re jud. (42, 1), l. 4 C. si adversus rem jud. (2, 27), l. 1 C. h. t. (3, 6) und l. 14 C. de proc. (2, 13).

37) Die römische in jus vocatio konnte nur an furiosi, infantes und in

Schließlich die Bemerkung, daß die Bestimmung des R. R., wonach Descendenten (und Liberten) bei einer Strafe von 50 aurei verboten ist, ohne Erlaubniß des Magistrats ihre Ascendenten (und Patrone) vor Gericht zu laden,[38] in der deutschen Praxis keine allgemeine,[39] und die andere, nach welcher höhere Magistrate während ihrer Amtszeit weder verklagt werden, noch auch selbst klagen sollen,[40] gar keine Aufnahme gefunden hat.[41]

Von dem Dispositionsrecht der Parteien in Anwendung auf die Proceßführung.*

§. 13.

Wie die privatrechtlichen Verhältnisse im Allgemeinen der freien Disposition ihrer Träger unterworfen sind, so ist nach gemeinem Recht insbesondere auch die Proceßführung auf die Willensentschließungen der Parteien gestellt, und zwar nicht bloß insoweit, als die Begründung eines Processes, die Litis Contestation, in Frage steht, sondern nicht minder rücksichtlich derjenigen Vorgänge, welche auf Grundlage der Litis Contestation zur Vorbereitung der richterlichen Entscheidung erforderlich

fremder Gewalt stehende puellae impuberes nicht geschehen — l. 4 pr., l. 22 pr. D. de in jus voc. (2, 4) —. Die im Text aufgestellte Regel aber entspricht wie dem späteren R. R. — l. 3 C. h. t. (3, 6) — und der heutigen Praxis, so auch der Natur der Sache, da die Ladung Verbindlichkeiten begründet, welche eine dispositionsunfähige Person selbständig zu übernehmen nicht vermag. Arg. l. 54 pr. D. de re jud. (42, 1). Vgl. schon Pillius: de ord. jud. I. §. 5 [„In jus non potest vocare nec vocari ex ordine impubes, furiosus vel prodigus"], Tancredus: Ordo jud. I. 3 §. 3, Durant. II. 1, de citat. §. 1 nr. 18, Lanfrancus de Oriano: Practica in tit. de citat. nr. 4, Petrus Termineus: Proc. jur. scripti c. 6. Die Neueren erwähnen diese Frage gewöhnlich nicht. Vgl. jedoch Hahn: Obs. ad Wesenbechii comm. II. 4. s. v. infantes], Seyfart: Teutscher R. Pr. II. §. 15 Note c, §. 22 Note f.

38) L. 4 §. 1—3, l. 5—8, l. 10 §. 5—12, l. 13, 24 D. de in jus voc. (2. 4), l. 3 C. eod. (2, 2).

39) Cf. Stryk: U. M. II. 4 §. 2, Lauterbach: Coll. theor. pract. II. 4 §. 14, Cocceji: Jus controv. II. 4 qu. 2, Glück: Commentar III. S. 351 und die bei Dapp a. a. O. §. 34 Note b. Citirten. Dieser Schriftsteller ist jedoch a. A., weil er die gegen die fortdauernde Anwendung des R. R. in diesem Punct vorgebrachten Gründe nicht für zutreffend hält, und wohl auch mit Rücksicht darauf, daß in seinem Vaterland Würtemberg das R. R. ausdrücklich bestätigt worden ist.

40) L. 2 D. de in jus voc. (2, 4), l. 48 D. de jud. (5, 1), l. 32 D. de injur. (47, 10).

41) Cf. Lauterbach l. c. §. 6, Dapp a. a. O. §. 14, Glück a. a. O. III. S. 351.

*) Tit. Cod. 3, 7 ut nemo invitus agere vel accusare cogatur.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

sind.[1] Zwar nöthigt das gemeine Proceßrecht den Verklagten, sich auf die angestellte Klage einzulassen, und richtet an beide Parteien die Anforderung, daß sie nach der Litis Contestation mit ihren Angriffs- und Vertheidigungsmitteln bestimmte Termine und Fristen einhalten. Der Zwang aber, den es in dieser Hinsicht anwendet, ist ein beschränkter, bestehend in der Androhung von Nachtheilen, welche niemals über den Zweck, dem sie dienen, hinausgehen, und die der Bedrohte nur über sich ergehen zu lassen braucht, um von der Erfüllung der ihm gemachten Auflage frei zu sein.[2]

Die Anstellung der Klage selbst aber als derjenige Act, welcher den ganzen Proceß veranlaßt, ist auch nicht einmal diesem beschränkten processualischen Zwange unterworfen. Sie hat in dem Ablauf der Verjährungsfrist eine civilrechtliche Schranke, und bildet unter Umständen den Gegenstand einer obligatorischen Verpflichtung,[3] aber durch richterlichen Befehl und bei Meidung processualischer Nachtheile kann sie dem Klageberechtigten nicht aufgegeben werden („Invitus agere nemo cogatur"). Dieser Grundsatz wird sowohl vom römischen,[4] als vom alten deutschen Recht[5] anerkannt.

---

1) Ueber die in der Allg. Gerichtsordnung für die preußischen Staaten vom 6. Juli 1793 durchgeführte Untersuchungsmaxime, welche eine Abweichung von diesen Grundsätzen zur Folge hat, vgl. Gönner: Handbuch I. 8.

2) Die weitere Ausführung dieser Sätze wird in der Lehre von den Contumacialnachtheilen (§. 49) gegeben werden. Daß das Gesagte auch von dem Zwange gilt, welcher gegen den Verklagten angewandt wird, um ihn zur Einlassung auf die Klage zu nöthigen, bemerkt schon die gl. ad l. un. C. h. t. s. v. invitus]. „Idem dicit textus, quod rubrica: et probatur haec regula infra de usur. pupill. l. ult. et de pign. l. creditores (20), et idem est e contrario in defendendo, quia sufficit in possessionem missio: ut Dig. de in jus vocando l. satisque (19)." So auch Azo in Summa in tit. C. ut nemo invitus nr. 4, Henricus Hostiensis in Summa aurea, de lib. oblat. nr. 10 i. f.

3) Cf. l. 13 §. 30 D. de A. E. V. (19, 1), l. 60 §. 5 D. locati (19, 2), l. 2 §. 7 D. de lege Rhod. (14, 2), l. 75 §. 4 D. de leg. I. (30, 1), l. 8 §. 3 D. de opt. leg. (33, 5), l. 2 §. 28 D. ne quid loco publ. (43, 8).

4) L. un. C. h. t., l. 4 init. C. de usur. pupill. (5, 56), l. 20 C. de pign. (8, 14), l. 5 §. 6 D. de doli mali exc. (44, 4), l. 42 D. de R. J. (50, 17) [„— nam plane qui agit, certus esse debet, quum sit in potestate ejus, quando velit experiri"], c. 7 §. 8 C. 2 qu. 1. — Anders nach begonnenem Proceß — nov. 112 c. 3 —.

5) Jura et leges civitatis Argentinensis c. 29 (bei Walter: Corp. jur. germ. III. p. 784 [„Causidicus vel Judex nihil judicare debet, nisi quod coram ipso delatum fuerit"], Sächs. Ldr. I. 62 §. 1 [„Man ne sal niemanne dwingen to nener Klage, der he nicht begunt ne hevet"], Bair. Landrechtsbuch (ed. Freyberg: Sammlung IV. S. 387—498) c. 1, Stadt- und Landrechtsbuch Ruprecht's von Freysing (ed. Maurer) II. 97 [„— wann das Recht durch des Klagers Willen ist erdacht worden"].

Indessen war man doch in Deutschland schon frühzeitig zu Ausnahmen geneigt, wie die vielerorts bei der Veräußerung von Grundstücken vorkommenden gerichtlichen Aufgebote beweisen. Wollte der Erwerber eines Grundstücks gegen die Ansprüche Dritter gesichert sein, so mußte er sich vom Richter Friede wirken (banno regali stabilire, firmare) lassen. Auf seinen Antrag forderte dann der Richter in der offenen Gerichtsverhandlung Alle, die ein besseres Recht zu haben vermeinten, zur Erhebung ihres Widerspruchs auf, und verurtheilte die, welche gegenwärtig waren und schwiegen, zu ewigem Schweigen.[6] Es war dies das Vorbild für die noch jetzt gebräuchlichen Aufgebote des C. R., welche den Eheschließungen[7] und der Confirmation der zu geistlichen Aemtern Gewählten[8] vorausgehen. In dem longobardischen Oberitalien insbesondere aber begegnen wir bereits im 10. Jahrhundert einer weiteren Anwendung der Aufgebote. Sie wurden dort zur Sicherstellung von erworbenen Rechten, von Rechten an Grund und Boden, von Privilegien und Immunitäten benutzt, und konnten nicht nur an alle Interessenten, sondern auch an einzelne speciell bezeichnete Personen gerichtet werden, ohne im Uebrigen besondere Eigenthümlichkeiten darzubieten. Wenn der generellen Aufforderung gegenüber sich Niemand meldete, so wurde der Bann ertheilt; erhob der speciell Aufgerufene keinen Widerspruch, so fand die Confirmation des in Frage stehenden Rechts Statt.[9]

---

6) Vgl. Albrecht: Die Gewere S. 68 und besonders das daselbst angeführte Schles. Ldr. I. 39, 3: „Weme ein Eigen verkauft wird, der sall is vor Gericht ufbiten, und sall im Vrede wirken lassen mit diesen Worten: der Richter sall sprechen: als hie N. hat verkauft J. so getan Gut . . . das biete ich uff zu einem Mole, zu dem andern Mole, und zu dem dritten Mole, spricht denne zu der Zit Nymant doweder, so spreche her vort: nu Nymant hie wedirspricht, so wirke ich hirobir Gotis Frede und mines Herrn des Koninges Frede (adir wer zu dem Gerichte ein Herr ist), N. hat J. uffgelossen das Gut, wer hiezu keginwortig ist und swiget, der sall ymmer swigen." Vgl. auch die Urk. bei Guden: Cod. dipl. II. p. 450 (dipl. a. 1307), p. 452 (dipl. a. 1311), p. 456 (dipl. a. 1326) V. 1040 (dipl. a. 1416), so wie Münchener Stadtr. von 1347 (ed. Auer) Art. 267, Verm. Sachsensp. (ed. Ortloff) I. 31 d. 1, Hess. vermehrte H. G. Ordnung von 1524 §. 27 und dazu Canngiesser: Coll. decis. hasso-cass. IV. p. 113 sequ.

7) Dieses Aufgebot, in den Decretalen bannum i. e. denunciatio genannt, und dadurch an seinen germanischen Ursprung erinnernd, beruhte anfangs auf localer Gewohnheit — c. 6 X. qui matr. acc. possunt (4, 18) — und war namentlich in Frankreich üblich — c. 27 X. de spons. (4, 1) —, wurde dann aber von Innocenz III. im J. 1216 durch c. 3 pr. X. de cland. desp. (4, 3) allgemein vorgeschrieben.

8) C. 47 in VI. de elect. (1, 6).

9) Cf. Muratori: Antiqu. ital. I. p. 125 (plac. a. 910 — „et ipse

Das R. R. bot für diese Einrichtung[10] keine Analogie dar. Zwar lag das in ihr hervortretende Streben, den Rechtsverhältnissen Festigkeit und den Berechtigten das Gefühl der Sicherheit zu geben, auch einigen römischen Instituten, z. B. der Klagenverjährung und der Wirkung der Rechtskraft (exc. rei judicatae) zu Grunde. Daß sich aber um dieses Vortheils willen ein Zwang zur Klagestellung rechtfertige, wie das deutsche Recht annahm, war etwas dem R. R. durchaus Unbekanntes. Gleichwohl vermochten sich die italienischen Juristen von dieser ihrem heimischen Rechte angehörigen Vorstellung nicht frei zu machen. Ihnen galt, obschon sie ganz sachgemäß die in Oberitalien vorkommenden Aufgebote auf die Praxis oder statutarisches Recht zurückführten, die Befugniß des Richters, einen solchen Zwang auszuüben, so sehr als selbstverständlich,[11] daß sie ihrer Anwendung auch sogar in den römischen Rechtsquellen zu begegnen glaubten. So stellten sie neben die obige Regel eine große Zahl von Ausnahmen, unter denen sie freilich auch Fälle aufführten, in welchen die Klagestellung auf einer obligatorischen Pflicht beruht.[12] Von den wahren Ausnahmen aber sind in die neuere gemeinrechtliche Praxis nur wenige und gerade solche aufgenommen worden, welche ihre Ausbildung im Anschluß an Stellen des R. R. erhalten haben,[13] und diese sind nunmehr

---

Leo advocatus vel pars ejusdem curtis maneant inde taciti et contenti"). p. 383 (plac. a. 996), p. 407 (plac. a. 1001), p. 489 (plac. a. 1073), II. p. 5 (plac. a. 910 — „et quod plus est, ut audivimus iste Lupus . . qui hic praesens est, quaerit nobis censum solidorum septem et dimidio pro silvis et terris ipsius curtis Ance . . annualiter persolvendum . . . Quaerimus ut dicat, si ipsum censum a pars ipsius curtis Ance . . aliquid pertinet"), p. 29 (plac. a. 998), p. 955 (plac. a. 1072), p. 983 (plac. a. 1083), III. p. 1091 (plac. a. 1067), Form. Langobard. 23 (bei Walter: Corp. jur. germ. III. p. 558). — Aehnliches scheint auch in Deutschland vorgekommen zu sein. Cf. Guden l. c. II. p. 175 (dipl. a. 1270), III. p. 727 (dipl. a. 1297).

10) So z. B. Bartolus ad l. 15 D. de acqu. poss. nr. 4, Alex. Tartagnus: Consil. II. 4 nr. 10, Ludovic. Pontanus: Cons. 53, Jason ad l. 15 D. de acqu. poss. nr. 28. Anklänge finden sich auch bei Durant. IV. 3 de resc. vend. nr. 27. Ueber die französische Praxis vgl. Boërius: Decis. Burdegall. dec. 42 nr. 29, über die deutsche Gaill: Obs. I. 57 nr. 9.

11) Cf. Azo in Summa in tit. C. ut nemo invitus nr. 2, Gl. sententiam] ad l. 5 C. de ing. manum., Innocentius ad c. 5 X. qui filii sint legit., Henric. Host. ad rubr. de lib. obl. nr. 11, Durant. l. 2 de actore §. 1 nr. 84, Albericus de Rosciate ad l. 28 §. 8 D. de lib. leg., Bartolus ad eand. leg. nr. 8 und ad l. un. C. h. t., Baldus ad l. un. C. h. t. und ad l. 4 C. de usuris pupill., Salycetus ad eand. leg.

12) Vgl. die Aufzählungen in der gl. invitus] ad l. un. C. h. t., bei Henr. Host. ad rubr. de obl. lib. nr. 10 und Jo. Andreae ad c. 1 §. 1 in VI. de rest. spol. s. v. aestimamus] (17 casus).

13) Man berief sich besonders auf l. 28 §. 8 D. de lib. leg. (34, 3), l. 6

genauer zu betrachten.[14] Dabei verdient der Umstand Beachtung, daß sich der richterliche Zwang in einigen Fällen gegen eine Mehrheit von Interessenten, in anderen gegen eine einzelne bestimmte Person richtet.

1. Die Aufforderungen zur Klagestellung, welche an eine Mehrheit von Interessenten ergehen, setzen einen Concurs von Ansprüchen, oder wenigstens dessen Möglichkeit voraus. Sie werden beim gerichtlichen Verkauf unbeweglicher Pfandobjecte und im Concursverfahren zu dem Zwecke erlassen, um allen denen, welche aus dem Erlöse der zum Verkauf kommenden Gegenstände, dort der Pfandobjecte, hier der Concursmasse, Befriedigung fordern zu können glauben, Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Ansprüche zu geben. Den bekannten Gläubigern werden sie persönlich, den unbekannten durch Edicte insinuirt. Dem justinianeischen Recht sind dieselben in beiden Anwendungen fremd. Denn auch in Betreff des Pfandverkaufs werden sie durch die seit der Glosse dafür angeführte l. 6 C. de remiss. pign. (8, 26) [„programmate admoniti creditores"] nicht gerechtfertigt, da diese Stelle richtig verstanden von der publica proscriptio redet, welche eine Ankündigung des Pfandverkaufs für Kaufliebhaber, nicht aber die Adcitation anderer Pfandgläubiger enthielt.[15] Dagegen mußten nach einem weit verbreiteten deutschen Rechtsbrauch die im Executionsverfahren genommenen sowohl, wie die für eine Schuld gesetzten Pfänder vor der Geweldigung, d. h. vor

D. de opt. leg. (34, 5), l. 3 §. 5 D. de Carb. ed. (37, 10), l. 4 pr. D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5), l. 1 pr. D. de bon. cur. dando (42, 7), l. 28 D. de fidejuss. (46, 1), l. 4 C. de usur. pup. (5, 56), l. 5 C. de ing. manum. (7, 12), l. 3 C. qui bonis cedere poss. (7, 71), l. 6 C. de remiss. pign. (8, 26). Vgl. Ad. Martin in der unten Note 51 citirten Schrift §. 8.

14) Auf ähnliche Weise, wie es oben geschehen, hat Muther: De origine processus provocatorii ex l. Diffamari (Note 27) mit Beziehung auf Briegleb's Untersuchungen über den Executivproceß die nachfolgenden Rechtsmittel aus dem im germanischen Recht hervortretenden Streben nach schleuniger Feststellung und Sicherung der Rechte abzuleiten gesucht, ist aber später in der in Note 27 citirten Abhandlung, wie es scheint, von dieser Begründung wieder abgegangen.

15) Die l. 6 C. cit. lautet so: „Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, quum praesentes essent, jus suum executi non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse." Vgl. auch l. 8 C. eod. (8, 26). „Programma" ist ganz genau die griechische Uebersetzung von „proscriptio." — Andere Erklärungen finden sich bei Gesterding: Die Lehre vom Pfandrecht, 2. Ausg. S. 335, Sintenis: Handbuch des gem. Pfandrechts S. 521, Rob. Schneider in der Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königr. Sachsen, N. F. XII. S. 491 Note 77, Dernburg: Das Pfandrecht II. S. 551.

der gerichtlichen Ausantwortung an den Gläubiger zum Zweck der Uebereignung, des Verkaufs oder Versatzes, vom Gericht aufgeboten werden,[16] und es ist nur zu natürlich, daß die italienischen und deutschen Juristen diese Einrichtung in der l. 6. C. cit. wiederfanden. Sie leiteten aus ihr aber zugleich die Beschränkung der Aufgebote auf die Ladung der Pfandgläubiger ab,[17] und da jene Stelle nur von Grundstücken redet, so möchte vorzugsweise ihre Auctorität, und nicht bloß practische Gesichtspuncte, die allerdings nahe genug lagen, bewirkt haben, daß die Aufgebote beim gerichtlichen Verkauf beweglicher Pfandobjecte seit der Reception der fremden Rechte ausnahmslos in Deutschland verschwunden sind. Zwar werden im Concursverfahren immer noch auch Diejenigen geladen, welche an den in der Concursmasse befindlichen Mobilien Pfandrechte in Anspruch nehmen.[18] Es hat dies aber seinen Grund nicht so wohl in einer besonderen Berücksichtigung der Pfandrechte, die in der That erst in einem späteren Stadium, bei Feststellung der Priorität, von Wichtigkeit werden, als in der Aufgabe des Concursverfahrens, alle Gläubiger des Cridars nach Maaßgabe ihrer Ansprüche an der Befriedigung aus der Concursmasse Theil nehmen zu lassen, und sie deshalb alle zum Concurse heranzuziehen. Die Masse im Ganzen ist hier das Object, rücksichtlich dessen eine Concurrenz von Ansprüchen Statt findet, eben so wie beim gerichtlichen Pfandverkauf als solchem das dem Pfandrecht unterworfene Grundstück, und diese Analogie ist es denn auch, von welcher geleitet die Doctrin die zunächst für den gerichtlichen Pfandverkauf ausgebildete Edictalladung späterhin auf das Concursverfahren

---

16) Vgl. jetzt die gründlichen Untersuchungen von Meibom: Das deutsche Pfandrecht §. 2, 8.

17) Ueber die ital. Praxis vgl. z. B. Angelus Aretinus super rubr. I. de except. nr. 23 [„— sed etiam aliis non certis possunt fieri cridae et proclamationes publicae ex parte judicis cum assignatione termini, intra quem petant, alias non audiantur, et hoc ut obvietur malitiis hominum. l. si eo tempore (6) et ibi Bart. de luitione pignorum — et ita communiter observatur per totam Italiam sec. Bald. in d. l. diffamari“] — Die italienischen Juristen und ebenso die deutschen bis ins vorige Jahrh. stellen vorliegenden Fall stets neben die s. g. Provocationen. Vgl. z. B. Blarer: Tract. super l. Diffamari C. de ing. manum. c. 2 nr. 23, Gaill: Obs. I. 57 nr. 7—9, Lauterbach: Coll. theor. pract. XX. 5 §. 2, Leyser: Medit. III 236 §. 1, Pufendorf: Obs. jur. univ. I. 131 §. 5, Canngiesser: Coll. decis. hasso-cass. IV. p. 113 fg.

18) Daß im früheren deutschen Recht zwischen Mobilien und Immobilien in Betreff der Aufgebote, wo diese überhaupt vorkamen, nicht unterschieden wurde, weist Meibom a. a. O. §. 2 nach.

ausgedehnt hat.[19] Demzufolge wird in beiden Anwendungen die Edictalladung ex officio erlassen, und als Präjudiz der Ausschluß vom Verfahren, beim Verkauf von Pfandobjecten also der Verlust des Pfandrechts, im Concurse der Ausschluß von der concursmäßigen Befriedigung angedroht.[20]

2. Die an einen Einzelnen gerichteten Aufforderungen zur Anstellung einer Klage,[21] seit dem 17. Jahrhundert technisch Provocationen[22] genannt, gehen immer von dem zukünftigen Verklagten aus, und sind als außerordentliche Formen der Einleitung des zu veranlassenden Hauptverfahrens zu betrachten. Die Behauptung, daß sie nur in Ermangelung eines entsprechenden ordentlichen Rechtsmittels Statt fänden, läßt sich nicht rechtfertigen.[23] Wohl aber sind sie ausgeschlossen, wo die Klagestellung nicht möglich oder nicht veranlaßt ist. So ist es dem Provocaten nicht möglich, aus einem bedingten oder betagten

---

19) Vgl. Bayer: Theorie des Concursprocesses §. 19.

20) Gl. amisisse] ad l. 6 C. de rem. pign., Baldus ad eund. loc. nr. 2 („— tutius credo esse, peremtorium mitti cum comminatione, quod si non comparuerit, fiat venditio, eorum absentia non obstante, et ita practicatur"), Angelus Aretinus l. c. (Note 17), Gaill l. c. I. 57 nr. 6, 7, Lauterbach l. c. XX. 5 §. 2, Pufendorf l. c. I. 131, Glück: Commentar XIX. S. 426.

21) Als Bearbeiter des Provocationsprocesses sind zu nennen: Berger: Electa processus exec. possess. provocatorii et matr. Lips. 1745 und öfter, Meister: De falsa probatione processus provocatorii ex jure romano, Goett. 1742 in Opusc. I. 2, Hofmann: De genuino remediorum provocatoriorum eorumque actionum annexarum usu practico, Jenae 1753, Reuter: De foro competente provocationum, Hal. 1751, Gönner: Handbuch IV. 73, Schweitzer: Ueber den Provocationsproceß, bes. nach chursächs. Rechten, Leipz. 1806, Breidenbach: Ueber die Ausdehnung oder Einschränkung des Prov. Pr. im Arch. für civil. Pr. III. 21, IV. 10, Mittermaier: Der gem. bürgerl. Pr. IV. S. 167 fg., Bayer: Theorie der summ. Pr., 7. Aufl. §. 51—61.

22) „Provocare" nehmen schon die Römer gleichbedeutend mit „ad judicem vocare." Cf. Brissonius de V. S. s. h. v. Ebenso die Italiener wie Bartolus ad l. 25 D. de adm. et per. tut. nr. 5 bemerkt: — „et sic nota, quod omnis modus, per quem quis invocat auxilium judicis, potest dici provocatio." — Statt der heut zu Tage gangbaren speciellen Anwendung dieses Ausdrucks aber bediente man sich früher der Bezeichnungen condictio, remedium ex l. Diffamari und ex l. Si contendat.

23) Dies ist eben so oft behauptet als geleugnet worden — cf. Blarer l. c. (Note 17) c. 1 nr. 4, Muther in dem in Note 27 angeführten Aufsatz II. S. 127 Note 174, S. 128 Note 179. — Die im Text angenommene Ansicht findet ihre Rechtfertigung in der Unhaltbarkeit der für die allgemeine Subsidiarität der remedia extraordinaria angeführten Analogie der restitutio in integrum. Vgl. Francke im Arch. für civil. Pr. XVIII. S. 234, Bayer a. a. O. S. 138, und nun auch Muther a. a. O. II. S. 128, so wie das Erk. des O. A. G. zu Celle bei Seuffert: Archiv VI. 92.

Geschäft zu klagen,[24] oder mit der R. V. aufzutreten, wenn er selbst besitzt,[25] wogegen er zur Anstellung der actio confessoria oder negatoria als Besitzer zwar befugt, aber nicht veranlaßt ist, weil ihm Nichts abgeht, was er sich mittelst der Klage erst verschaffen müßte.[26] Dort würde der Zwang zur Klage geradezu widersinnig sein, hier enthielte er wenigstens eine unbillige Umkehrung der Beweislast.

Die Provocationen kommen nun in doppelter Gestalt vor. Sie beruhen entweder auf einer Diffamation des Provocaten, d. h. der Berühmung eines ihm gegen den Provocanten zustehenden privatrechtlichen Anspruchs — provocatio ex l. Diffamari —, oder auf der begründeten Befürchtung des Provocanten, daß ihm durch längeres Aufschieben der Klagestellung eine Einrede verloren gehen könne — provocatio ex l. Si contendat —. Beider Formen thun schon die Glossatoren Erwähnung. Sie leiten namentlich

a. die provocatio ex l. Diffamari[27] aus der l. 5. C. de ingenuis manumissis (7, 14) ab,[28] nach deren Eingang sie be-

---

24) Cf. Carpzov: Defin. I. 7 d. 30, Ludovici: Einleitung z. C. Pr. V. 6, Martin: Lehrbuch §. 255, Muther a. a. O. II. S. 142 fg. A. M. sind Glück: Commentar VI. S. 490, Bayer a. a. O. §. 53 Note 18 (vgl. mit §. 60 Note 12) und die daselbst Citirten.

25) Francke a. a. O. XVIII. S. 226—232.

26) Cf. Caes. Contardus in der in Note 27 anzuführenden Schrift IV. nr. 19 (wo sich auch Nachweisungen über die Ansichten der ital. Juristen finden) und unter den neueren Juristen Francke a. a. O. XVIII. S. 236, Muther a. a. O. II. S. 148 fg.

27) Von dieser Provocation handeln Barth. Blarer: In l. Diffamari C. de ing. manum. commentatio seu repetitio, Basil. 1563 fol., und zusammen mit einer Interpretation der l. Diffamari von Joa. Oldendorp, Basil. 1579 8., Caes. Contardus: Comment. in l. Diffamari, Spir. 1586 8., ferner eine Sammlung, welche auch die vorstehenden Schriften enthält, unter dem Titel: Tractatus s. repetitiones super l. Diffamari C. de ing. manum. quatuor clariss. J. Ctorum Barth. Blareri, Caes. Contardi, Hier. Cagnoli et Joa. Oldendorpii, Colon. 1593, 1616 8., Gilhausen: In l. Diffamari, Lichae 1602 8., Mundius a Rodach: De diffamationibus earumque remediis, Hannov. 1628 8., Reuter: Ad l. Diffamari 5. C. de ing. manum., Vitemb. 1630 4., Sibrand: Diss. de abusu remedii illius decantatissimi, hodieque usitatissimi famosissimae const. l. Diffamari C. de ing. manum. Rost. 1687, Kemmerich: Exercitatio, qua capita quaedam judicii provocatorii ex l. Diffamari illustrantur, Vitemb. 1724, Toussaint: Obs. quaedam de remedio provocationis vulgo ex l. Diffamari desumto, Erl. 1816, Muther: De origine processus provocatorii ex l. Diffamari quem vocant commentatio, Erl. 1853, Muther: Die Diffamationsklage, in Bekker's und Muther's Jahrb. II. 2.

28) Diese Stelle lautet so: „Diffamari statum ingenuorum seu errore seu malignitate periniquum est, praesertim quum affirmes, diu Praesidem unum atque alterum interpellatum a te vocitasse diversam partem, ut

nannt ist. In dieser Stelle ist von dem Verfahren die Rede, welches Statt findet, wenn der Kläger nach Anstellung der Klage den Proceß liegen läßt. Bleibt in einem solchen Falle die wiederholte Vorladung des Klägers erfolglos, so wird der Verklagte einseitig mit seiner Vertheidigung gehört, und wenn er deren Beweis erbringt, von der Klage absolvirt.[29] Von einem Zwange zur Klagestellung handelt also die Stelle nicht, und gewiß hätten bei dem Mangel aller Analogien auch die Glossatoren einen solchen nicht in ihr finden können, wenn sie von seiner Statthaftigkeit nicht zum Voraus überzeugt gewesen wären.[30] So aber gelangten sie zu dem Resultat, daß derjenige, welcher außergerichtlich einen Anderen diffamirt, d. h. sich in benachtheiligender Weise eines Anspruchs gegen ihn berühmt habe, genöthigt werden könne, den behaupteten Anspruch klagend zu verfolgen.

In diesem Resultat aber wurden sie noch von anderer Seite bestärkt, indem die germanische Sitte der üblen Berüchtigung ein so großes Gewicht beilegte, daß sie dem Verdächtigten die Möglichkeit nicht verschließen wollte, sich auch ohne Anklage von dem Verdacht zu reinigen, und ihm als dazu geeignete Mittel den Eid und das Ordal anbot.[31] Wie hieran anknüpfend die Kirche im Interesse ihrer Integrität und der Sittenreinheit des Clerus im 12. Jahrhundert ein eigenes Verfahren ausbildete, welches den Zweck hatte, im Falle der üblen Berüchtigung eines Geistlichen (fama, infamatio, diffamatio) durch öffentlichen Aufruf eine Anklage und den Beweis des nachgeredeten Vergehens herbeizuführen, oder wenn die Aufforderung keinen Erfolg haben sollte, den obwaltenden Verdacht durch den Reinigungseid des Diffamirten niederzuschlagen,[32] so mußte sich von derselben Grundlage aus den

---

contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret. Unde constat, merito Rectorem provinciae, commotum allegationibus tuis, sententiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus Praeses provinciae ab injuria temperari praecipiet."

29) Cf. l. 27 §. 1 D. de lib. causa (40, 12), l. 40 C. eod. (7, 16).

30) Vgl. Note 11. Von der gl. trium mensium] ad c. 9 X. de prob. und repellendus] ad c. 6 X. qui matr. acc. poss., ebenso von Innocentius ad c. 5 X. qui filii sint legit. und Baldus ad l. 1 C. h. t. wird die prov. ex l. Diffamari neben die vor Eingehung der Ehe zu erlassenden banna gestellt.

31) S. die Nachweisungen bei Hildenbrand: Die purgatio canonica und vulgaris S. 32 fg.

32) Cf. Decr. Alex. III. (ed. Boehmer in App. corp. jur. can.) tit. 21 c. 12, Epist. Innoc. III. (ed. Baluze tom. II. p. 615) V. 12, Joa. Teuto-

italienischen Juristen ein Rechtsmittel empfehlen, durch das man sich gegen die Verdächtigung des öconomischen Credits zu sichern vermöchte.

Es scheint aber ferner auch, daß die dem germanischen Recht geläufigen Formen der außergerichtlichen Einleitung des Verfahrens (mannitio,[33] Gerüchte[34]) dieser Provocation ihre eigenthümliche Gestalt gegeben haben. Denn die Diffamation wird schon von einigen italienischen Juristen, und nach deren Vorbild mit großer Uebereinstimmung von den deutschen Juristen[35] als eine Ladung vor Gericht angesehen, welche den Diffamirten zum Verklagten macht, und den Diffamanten als Kläger erscheinen läßt.[36] Nach dieser Auffassung ist der Diffamant verpflichtet, die

---

nicus ad comp. IV. tit. de accus. c. qualiter, Henr. Hostiensis in Summa aurea, tit. de inquisit. nr. 7, und dazu Biener: Gesch. des Inquis. Pr. S. 21, Hildenbrand a. a. O. S. 92, 133, 149. Mit der Ausbildung des Inquisitionsprocesses ist dieses Verfahren wieder verschwunden.

33) Vgl. Maurer: Gesch. des altgerm. G. V. §. 32.

34) Sächs. Ldr. I. 62 §. 1: „— Manlik mut sines Scadens wol svigen de wile he wel. Scriet aver he dat Gerüchte, dat mut he vulvorderen mit Rechte, wende dat Gerüchte is der Klage Begin." Vgl. auch Richtsteig Landr. (ed. Homeyer) c. 33 §. 1, Gl. zum sächs. Weichb. c. 38 in., und über die Anwendungen des „Gerüchtes" im Sächs. Ldr. Homeyer im Register zum Sachsensp. s. v. Gerüchte.

35) Cf. Baldus ad l. 5 C. de ing. manum. nr. 6 und 10 („Sed ille, qui diffamat, adstringit se tacite ad agendum, quia diffamare est ad judicium vocare"), Angelus Aretinus in rubr. I. de except. nr. 23, Alex. Tartagnus: Cons. II. 52 nr. 2, Hier. Shurpf: Consilia s. responsa juris I. 34 nr. 6, 75 nr. 8, Blarer l. c. IV. nr. 3 („doctrinam Baldi — ut veram communiter ac uno quasi calculo a Dd. comprobatam esse atque receptam"), Mynsinger: Obs. V. 81, VI. 90, Gaill: Obs. I. 9 nr. 5, Contardus l. c. I. nr. 5, Jac. Ayrer: Historischer Processus juris I. 5 nr. 14, Carpzov: Defin. I. 7 d. 27, Vultejus in dictatis academicis de processu civili (in bibl. Berol. Mss. lat. in fol. nr. 138 nach der Angabe von Muther l. c. p. 5), Mevius: Decis. III. 24, Coch: Prax. fori germ. II. p. 179, Lauterbach: Coll. theor. pract. XL. 14 nr. 11, Tafinger: Inst. jurispr. cam. §. 602. Erst in neuerer Zeit hat sich dieser Fundamentalsatz verloren. Die Behauptung Muther's a. a. O. II. §. 7, daß derselbe von Baldus nur für den Fall einer vor Gericht geschehenen Diffamation aufgestellt worden sei, widerlegt sich aus den von ihm selbst abgedruckten Excerpten; Baldus macht lediglich die provocatio ad accusandum von der gerichtlichen Diffamation abhängig.

36) Diese so constant festgehaltene Auffassung, die man am passendsten eine Fiction nennen würde, ohne Weiteres als „eine ganz falsche Ansicht" zu bezeichnen, wie Bayer a. a. O. S. 142 thut, ist jedenfalls unstatthaft. Nichts weniger als glücklich ist aber auch der Versuch Muther's a. a. O. II. §. 16—21, die Diffamation als ein auf der culposen Verletzung der „öconomischen Ehre" beruhendes Delict, und die prov. ex l. Diffamari als die actio poenalis darzustellen, durch welche die den Diffamanten treffende Strafe realisirt werde, nämlich der „Verlust der Freiheit, die Klage anstellen zu können nach Belieben." Er selbst macht sich den Einwand, daß die „öconomische Ehre" doch nicht verletzt sei, wenn sich die Diffamation auf Statusrechte oder gar auf

unterstellte Ladung weiter zu verfolgen, und vor Gericht die zur Geltendmachung des von ihm behaupteten Rechts erforderlichen Schritte zu thun. Wogegen dem Diffamirten die Befugniß zustehen muß, bei dem für die erwartete Klage competenten Gerichte[37] (und zwar so, daß er unter mehreren Competenzgründen die Wahl hat[38])

Vergehen (s. unten Note 50) beziehe, und kommt über diesen Einwand nur dadurch hinweg, daß er in der Anwendung des Remedium auf Berühmungen mit Vermögensrechten das Ursprüngliche und Naturgemäße findet. Gleichwohl paßt sein Delictsbegriff dann nicht auf die Diffamation im späteren Sinne. Dagegen ist unleugbar, daß auch die Divulgation von Ansprüchen Dritter unter den Begriff dieses neuen Delicts fällt, und dennoch ist dieselbe niemals an sich für strafbar gehalten worden. Nicht minder bleibt die Berühmung mit eigenen, aber unbegründeten Ansprüchen straflos, da der Verlust der Freiheit, nach Belieben zu klagen, wenn überhaupt eine Strafe, jedenfalls dann eine solche nicht ist, wenn der Diffamant keine Klage hat. Es wäre also nur die Berühmung mit begründeten eigenen Ansprüchen ein strafbares Unrecht, und gerade dies will mit Rücksicht auf l. 15 §. 33 D. de injur. (47, 10): „Si quis non debitorem quasi debitorem appellaverit injuriae faciendae causa, injuriarum tenetur" am wenigsten einleuchten. Von allem Anderen abgesehen, darf daher jener Versuch als mißlungen betrachtet werden. Nichtsdestoweniger hat er das Verdienst, der schon im vorigen Jahrhundert auftauchenden dunkeln Vorstellung von der delictartigen Natur der Diffamation einen faßlichen Ausdruck gegeben, und eben dadurch den Beweis ihrer Unhaltbarkeit ermöglicht zu haben.

37) Außer den in der Note 35 Citirten vgl. Bartolus ad l. 15 D. de in jus voc. („— non videtur in jus vocare, qui offert se ipsum paratum defendere"), Baldus: Pract. judic., in rubr. utrum valeat citatio die feriata facta, Ant. de Butrio ad c. 23 X. de jurejur. nr. 40, Alex. Tartagnus: Cons. V. 103, Hier. Cagnolus l. c. nr. 9. — Die Ansicht einiger ital. Juristen, welche die Competenz für die prov. ex l. Diffamari eben so wie für eine selbständige Klage bestimmt wissen wollten, hat in Deutschland keinen Eingang gefunden — s. darüber Blarer l. c. IV. nr. 1, Mynsinger l. c. VI. 90, Gaill l. c. I. 9 nr. 7 —, obschon die deutsche Doctrin frühzeitig die Neigung bekundete, das Provocationsverfahren als ein vorbereitendes Verfahren dem Hauptproceß entgegenzusetzen — vgl. Muther a. a. O. II. §. 15 —, und darin durch die Reichsgesetzgebung, welche die eigenthümlichen Competenzverhältnisse des R. K. Gerichts zu berücksichtigen hatte, gewissermaßen bestärkt wurde. Denn nachdem dieses Gericht wahrscheinlich mit Beziehung auf seine Competenz in Landfriedensbruchsachen — cf. Mynsinger l. c. V. 81 nr. 7, Pütter: N. E. §. 295 — angefangen hatte, von diffamirten Reichsunmittelbaren mit Umgehung der Austrägalinstanzen Provocationen ex l. Diffamari anzunehmen, schrieb die K. G. O. von 1555 II. 25 — vgl. auch das Conc. von 1613 II. 27 §. 1, J. R. A. §. 83 — vor, das R. K. G. solle nach Feststellung der Diffamation, wenn ihm der Diffamirte in erster Instanz nicht unterworfen, dem Diffamanten aufgeben, seine Klage „vor dem Richter, dahin die Sache ordentlich gehöre", anzubringen. Cf. Tafinger l. c. (Note 35) §. 605—607. Daß aber für die Provocation der Gerichtsstand des Diffamirten entscheidend sei, erkennen auch jene Reichsgesetze an. Dennoch sind in neuerer Zeit wieder abweichende Meinungen aufgetaucht. Vgl. darüber Glück: Commentar VI. S. 494, Schmid: Lehrbuch III. §. 183 Note 11, und Muther a. a. O. II. S. 189, 194. Der Letztere stellt eine eigenthümliche Mittelmeinung auf, er hält seiner in der vorigen Note erwähnten neuen Theorie gemäß das forum des Diffamanten, daneben aber als auf singulärer Bestimmung beruhend auch das forum des Diffamirten für competent.

38) Cf. Felinus Sandeus in c. 8 X. de foro comp. nr. 6, Blarer

die Erfüllung jener Pflicht zu erzwingen. Die Sache liegt mithin ähnlich wie im unbestimmt summarischen Verfahren, wenn der Kläger, statt einen Klaglibell einzureichen, unter kurzer Bezeichnung seines Klaganspruchs um die Anberaumung eines Termins und die Ladung des Verklagten gebeten hat. Gleichwie alsdann der Verklagte in dem anberaumten Termin mit Bezug auf die Ladung die Begründung der Klage „gewärtigt," und den Aufruf des nicht erscheinenden Klägers beantragt, so drückt der Diffamirte durch die Provocation die Erwartung aus, daß wegen des außergerichtlich behaupteten Anspruchs Klage erhoben werde, und richtet, auf den Nachweis der Diffamation gestützt, an das Gericht die Bitte, dem Diffamanten dafür eine angemessene Frist zu setzen. Die Provocation ist also nicht eine selbständige Klage, beruht auch weder auf einem obligatorischen, noch sonst auf einem vererblichen[39] Rechte, sondern hat den Character eines der Vertheidigung dienenden processualischen Antrags, welcher als von verklagtischer Seite ausgehend selbst dann noch anzusehen sein würde, wenn er lediglich eine Nachbildung der deutschrechtlichen Aufgebote wäre.

Unter der Diffamation aber hat die Praxis im Civilproceß von jeher die Behauptung irgend eines klagweise gegen den Diffamirten zu verfolgenden Anspruchs[40] verstanden, sofern dieselbe absichtlich, wenngleich nicht gegen besseres Wissen,[41] und entweder

---

l. c. IV. nr. 39. — Eine treffende Analogie bietet l. 2 §. 3 in f. D. de eo quod certo loco (13, 2). Indeß ist die entgegengesetzte, zuerst von Barth. Socinus: Cons. III. 94 vertheidigte Ansicht, daß der Diffamant durch die bei einem der mehreren competenten Gerichte angebrachte Provocation das Recht nicht verliere, die Klage bei einem der übrigen anzustellen, nach Gaill's Vorgang (Obs. I. 11) von der großen Mehrzahl der deutschen Juristen adoptirt worden. Vgl. Muther a. a. O. II. S. 114 Note 137. Wie sie von den älteren unter ihnen mit dem Character der Provocation als eines einleitenden Actes für verträglich gehalten werden konnte, ist nicht einzusehen.

39) S. §. 6 Note 5. Anders in der 1. Auflage. Litterarische Nachweisungen in Betreff der Vererblichkeit der Diffamation geben Glück VI. S. 496 fg. und Muther II. §. 24, 25.

40) Einerlei, ob es sich um den status oder um Vermögensrechte handelt. Cf. Innocentius in c. 16 X. de off. ord., Durant. IV. 3 de resc. vend. nr. 27, Bartolus ad l. 18 de accus. nr. 8, Baldus in marg. super decr. Innoc. s. v. silentium, Ludov. Pontanus: Cons. 53, Angelus Aret. super rubr. I. de except. nr. 23, Barth. Caepolla: Cautelae 110, Cagnolus l. c. nr. 3, Contardus l. c. III. nr. 7 und 20, Blarer l. c. I. nr. 6, Gaill l. c. I. 9 nr. 2, Mynsinger l. c. III. 78, Carpzov: Def. I. 7 d. 28 und alle Neueren.

41) Baldus ad l. 21 C. ad legem Juliam de adult., Blarer l. c. s. v. errore vel malignitate] nr. 8, Oldendorp l. c. (Note 27) nr. 5. Vgl. auch die K. G. O. von 1555 II. 25 — „gefährlicher, betrüglicher Weis" —. Eine Verkehrung der Natur dieses Rechtsmittels aber ist es, wenn ältere Juristen,

vor Dritten (vor Vielen oder Wenigen),[42] oder in sonst bedrohlicher oder benachtheiligender Weise[43] geschehen ist.[44] Zwar hat es nicht an Juristen gefehlt, welche eine jede Berühmung, wie sie auch geschehen sein möge, für ausreichend gehalten haben.[45] Allein die bezeichneten, von den Italienern festgestellten Schranken sind ausdrücklich und wiederholt durch die Reichsgesetze bestätigt worden. Während die K. G. Ref. von 1531 §. 35 noch einfach auf die gemeinen Rechte verweist, schreibt der R. A. von 1532 Art. 3. §. 2 vor, daß „die lex Diffamari verstanden und gebraucht werden solle in Friedbrüchigen, Schmach und andern Sachen," und die K. G. O. von 1555 II. 25 bezeichnet diese letzteren (die anderen Sachen) genauer als solche, „in denen solche Diffamation gefährlicher, betrüglicher Weis oder in andern Wege dem andern Theil zum Nachtheil und Beschwehrung beschehen." Daß diese Bestimmungen aber nichts vom gemeinen Recht Abweichendes anordnen sollten, beweist der J. R. A. §. 83, welcher die Beobachtung „sowohl der gemeinen Rechte, als der Reichssatzungen" von Neuem einschärft. Sie sollten nur das Ungesunde in Theorie und Praxis und die immer wiederkehrenden Mißbräuche abschneiden,[46] und ihre Schuld ist es nicht, wenn sie doch wieder vielfach mißverstanden[47] und bei Seite gesetzt worden

z. B. Dur. IV. 3 de resc. vend. nr. 27, Lud. Pontanus: Cons. 53, Cagnolus l. c. nr. 4, Contardus l. c. III. nr. 140, das Bewußtsein des Unrechts für nothwendig halten und deshalb die actio doli unbedingt concurriren lassen.

42) Cf. Baldus ad l. 5 C. de ing. manum. nr. 1, Angelus Aret. super rubr. I. de exc. nr. 23, Marianus Socinus: Cons. I. 45 nr. 3, Maranta: Spec. aur. IV. 21 nr. 1 f., Blarer l. c. v. s. Diffamari].

43) Azo in Summa ad l. un. C. h. t. nr. 2 („— scilicet si actor videatur calumniose velle vexare reum tali scilicet tempore, quo non esset reo opportunum respondere"), Innocentius ad c. 16 X. de off. ord. nr. 1 („— et possit timere, ne injuste eum excommunicet"), Odofredus ad l. un. C. h. t. in f. („propter malitiam coarctandam potestis ei assignare diem"), Baldus ad l. 6 C. qui acc. non poss. nr. 9 (— „nam si aliquis est in possessione existentiae sui juris et diffamatur, videtur in sua possessione turbari"), ad l. 45 §. 2 D. de proc. nr. 2, Angelus Aret. super rubr. I. de exc. nr. 23, Panormitanus ad c. 3 X. de foro comp. nr. 2, ad c. 4 X. eod. init., Alex. Tartagnus: Cons. II. 52 nr. 4, Contardus l. c. III. nr. 11, Blarer l. c. II. nr. 8, 14, Mevius: Decis. IX. 98, Fratr. Becmanni: Cons. et Decis. I. 38 nr. 8.

44) Hiermit stimmt auch Muther a. a. O. II. S. 99 überein.

45) Z. B. Leyser: Medit. II. 81 m. 2, Glück: Commentar VI. S. 486 Note 59, Weber: Beiträge zur Lehre von Klagen und Einreden S. 29, Francke a. a. O. (Note 22) S. 225.

46) Vgl. die ampliationes bei Contardus l. c. III. nr. 1 sequ.

47) So von Mittermaier: Der gem. deutsche bürg. Pr. IV. S. 173, Francke a. a. O. S. 225 Note 1, Bayer a. a. O. (6. Aufl.) §. 53 Note 11. —

sind. Die Bedeutung der von den Reichsgesetzen gebrauchten speciellen Ausdrücke insbesondere läßt sich aufs genaueste aus den Schriften gleichzeitiger Juristen bestimmen. Bei friedbrüchigen Sachen hat man an Fehdebriefe, also an Schreiben zu denken, welche die Androhung der Selbsthülfe, d. h. des Landfriedensbruches enthalten, und durch den Ausdruck „Schmach" hat nichts Anderes bezeichnet werden sollen, als eine vor Anderen und namentlich unter Beifügung von Schmähungen geschehene Berühmung.[48] Auf keine Weise aber ist es zu rechtfertigen, daß man wegen jeder Verleumdung eine Provocation hat zulassen wollen, und zwar eine s. g. provocatio ad probandum,[49] in Concurrenz mit der hier allein statthaften Injurienklage. Nur im Criminalverfahren konnten, so lange der Accusationsproceß bestand, Verleumdungen, wenn sie die Beschuldigung eines bestimmten Verbrechens enthielten, den Diffamirten zu einer provocatio ad accusandum sive probandum berechtigen.[50] Ist dagegen die Berühmung mit Schmähungen oder anderen rechtswidrigen Handlungen verbunden, so unterliegt es keinem Zweifel, daß dem Angegriffenen die daraus entspringenden Rechtsmittel neben der Provocation zu Gebote stehen.

Wenn man nun dieses Rechtsmittel schlechthin als eine Aufforderung zur Klage betrachtet, so geht doch der Provocant stillschweigend von der Annahme aus, daß sein Gegner eine wirksame Klage gar nicht habe, sei es, daß er den behaupteten Anspruch als nicht entstanden, oder als durch eine Einrede elidirt ansieht. Und wie ihn in letzterem Falle das Vertrauen auf die ihm zustehende Einrede veranlaßt, der Diffamation entgegenzutreten, so kann ihn dieses Vertrauen andererseits auch bestimmen, in Fällen, in denen eine Diffamation gar nicht geschehen ist, einem bei längerem Aufschub der Klagestellung drohenden Verlust seiner Einrede vorzubeugen. Das Mittel hierzu aber bietet

---

Veranlassung zu der von diesen Juristen aufgestellten Ansicht scheint Pütter: Nova epitome §. 295 gegeben zu haben, der aber an diesem Orte von der Provocation in Criminalsachen handelt.

48) S. Mynsinger: Obs. V. 81 und die Formulare bei Blarer l. c. V. nr. 49, 52, 54, 61, 73. Vgl. auch Muther a. a. O. II. S. 153 fg.

49) Vgl. Glück: Comm. VI. S. 486 fg.

50) So z. B. Bartolus ad l. 18 de accus. nr. 8, ad l. un. C. h. t., Gaill: Obs. I. 9 nr. 2, Blarer l. c. I. nr. 6, so wie die von den beiden letzteren Citirten, und daneben Landfrieden von 1548 XIV. 8, K. G. O. von 1555 II. 10 §. 9, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 11 §. 12. Vgl. Muther a. a. O. II. S. 153 fg.

b. die provocatio ex l. Si contendat.[51] Diese führt ihren Namen nach den Anfangsworten der l. 28 D. de fidejuss. (46, 1),[52] welche schon von der Glosse dahin ausgelegt wurde, daß der Mitbürge sich eben sowohl der Einrede der Theilung, als einer die Theilung bezweckenden Klage bedienen könne.[53] Den Character einer Provocation im heutigen Sinn aber hat sie erst allmählich, und nicht ohne lebhaften Widerspruch angenommen. Während einige der späteren Juristen mit Rücksicht auf jene Auslegung der Glosse behaupteten, daß die gefährdete Einrede in der Form einer Klage geltend zu machen sei, und in dieser Gestalt den Gegner zur sofortigen Einreichung seiner Replik nöthige,[54] folgerte die Mehrzahl aus der Analogie der provocatio ex l. Diffamari, daß der dem zukünftigen Verklagten drohende Verlust der Einrede eben so wie die Diffamation den Richter veranlasse, einen Termin für die Anstellung der Klage anzuberaumen.[55] Beide Auf-

---

51) Lauterbach: De remedio l. Si contendat. D. de fidejuss., Tub. 1668. Lauhn: Nutzbarer Gebrauch des wider klaren Brief und Siegel in denen Landen des sächs. Rechts anzustellenden remedii provocatorii nach der l. 28 D. de fidejuss., Leipz. 1746 4., vermehrt von Gruber, Leipz. 1786. Ad. Martin: Ueber den Begriff und die Begründung der s. g. provocatio ex l. Si contendat, in Martin's und Walch's Magazin für den gem. teutschen bürg. Pr. I. 7.

52) Die Stelle lautet so: „Si contendat fidejussor, ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam, si non et illi solvendo sint.

53) Gl. etiam exceptionem] ad h. l. „Non solum poterit agi, ut fiat divisio, sed etiam exceptio ei danda". — Den Gegenstand der Klage aber bezeichnet die gl. consequi] ad l. 28 §. 8 D. de lib. leg. mit den Worten: „per exceptionem, non per actionem, nisi forte, ut silentium imponatur heredi." Richtig verstanden sagt die l. 28 D. cit., daß, wenn der auf Zahlung der ganzen Schuld belangte Mitbürge sich auf die Solvenz der übrigen Bürgen berufe, die exc. divisionis in die Formel aufzunehmen sei, mit der Fassung „si non et illi solvendo sint"; die Bedeutung des „etiam" aber ergibt sich aus Stellen wie l. 9 pr. D. de jurejur. (12, 2) [„Nam posteaquam juratum est, denegatur actio, aut si controversia erit, id est, si ambigitur, an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est"]. Cf. Cujacius: Comm. in libr. XXV Pauli ad edictum, h. l., Hugo im Civil. Magazin I. 13 (3. Ausg. S. 98), Ad. Martin a. a. O. S. 283, wogegen abweichende Ansichten von Meister l. c. (Note 21) IV. 13 und Schmid: Handbuch III. S. 61 Note 6 vertheidigt werden. Uebrigens gab das R. R. dem Bürgen gegen den dissipirenden Hauptschuldner eine Klage auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit. Cf. l. 38 §. 1 D. mand. (17, 1), l. 45, 62 D. de fidejuss. (46, 1), l. 10 C. mand. (4, 35). Vgl. auch c. 5 X. de fidejuss. (3, 22).

54) Vgl. die von Ad. Martin a. a. O. §. 4 Citirten, unter denen Bartolus als der Begründer dieser Ansicht hervortritt.

55) Diese Ansicht findet sich zuerst bei Innocentius IV. ad c. 5 X. qui filii sint legit.: „— causa cognita potest statuere, ut intra certum tempus agat actor, alioquin ulterius non audietur, et hoc maxime tunc, sc. quando videt judex, actorem exspectare tempus agendi, quo reus probationibus careat, vel alicujus famam vel statum gravari. C. de ing.

fassungen stimmen nun zwar darin überein, daß die in Frage stehende Einrede die merita causae betreffen,[56] und sie selbst, nicht bloß ihr Beweis bedroht sein müsse,[57] daß ferner das forum durch die zu elidirende Klage bestimmt werde,[58] und daß in der Aberkennung der Klage der beabsichtigte Ausgang des Verfahrens liege.[59] Dagegen weichen sie von einander rücksichtlich des Beweises der Einrede ab, welchen die erste Ansicht unter allen Umständen, die andere aber nur dann fordert, wenn die provocirte Klage angestellt und eingestanden oder bewiesen worden ist. Und offenbar entscheidet hierfür, wie in neuerer Zeit beinahe allgemein anerkannt wird, das naturgemäße Verhältniß der Einrede zur Klage, welches umzukehren die Einleitung des Verfahrens durch den Excipienten kein genügender Grund ist.

Bei beiden Arten der Provocation nun hat der Provocant die seinem Antrag zu Grunde liegenden Thatsachen nicht bloß darzulegen, sondern gleichzeitig zu bescheinigen,[60] in dem einen

---

manum. Diffamari (5), supra ut lite non cont. Quoniam (6) §. 1, C. de remiss. pign. Si eo (6)". — Für die Späteren (s. Ad. Martin a. a. O. §. 2) ist besonders die Auctorität des Baldus entscheidend geworden.

56) Vgl. Ad. Martin a. a. O. §. 2.

57) Die entgegenstehende Ansicht ist schon von Innocenz IV. (s. Note 55) und später öfter aufgestellt worden (s. Martin §. 3), sie hat aber in Ermangelung eines wirklichen Bedürfnisses niemals überwiegende Geltung erhalten, und ist dieserhalb, nicht aber wie Martin §. 12, 2 annimmt, wegen der Concurrenz der in den geschriebenen Rechten anerkannten probatio in perpetuam rei memoriam zu verwerfen.

58) Bart. ad l. 76 D. pro socio nr. 19, Lud. Pontanus: Cons. 412 nr. 2, Joa. de Imola ad c. 8 X. de foro comp., Alex. Tartagnus: Cons. V. 103 nr. 7, Blarer l. c. IV. nr. 11 und mit wenigen Ausnahmen (s. Glück VI. S. 500 nr. V.) alle Neueren.

59) In der ital. Doctrin wird überall der Ausgang des Processes mit den Worten „silentium imponi" bezeichnet; erst bei den neueren deutschen Juristen kommen andere Meinungen vor. Vgl. Glück: Commentar VI. S. 511, Bayer a. a. O. §. 61 und die von diesen Citirten.

60) Die Italiener sprechen gewöhnlich schlechthin von einer causae cognitio, z. B. Innoc. ad c. 5 X. qui filii sint legit., Bart. ad l. 18 D. de accus. nr. 8, Angelus Aret. super rubr. I. de exc. nr. 23. Diese wird aber von Baldus ad l. 7 D. de H. P. nr. 3 genauer als eine summarische bezeichnet, und ebenso allgemeinen Grundsätzen gemäß von den Späteren. Cf. Boerius: Decis. 255, Contardus l. c. IV. nr. 2, Oldendorp l. c. nr. 11, Carpzov: Defin. I. 7 d. 28, Danz: Einleitung in die summ. Pr. §. 24 (und die in Note a Citirten), Muther a. a. O. II. S. 162 (welcher in Note 280 weitere Nachweisungen gibt). Wenn dagegen die R. G. O. von 1555 II. 25, das Conc. der R. G. O. von 1613 II. 27 pr. und der J. R. A. §. 83 nicht nur eine vorausgehende Bescheinigung, sondern ferner auch nach Erkennung der Processe die vollkommene Erweisung der Diffamation erfordern, so verlassen sie den gemeinrechtlichen Boden und können nicht mehr als maaßgebend betrachtet werden. Von neueren Juristen wird daher jener Bestimmung auch nur die Auslegung gegeben, daß die noch nicht befriedigend geführte

Fall also die Diffamation im oben bezeichneten Sinne, in dem anderen die Umstände, welche den Verlust seiner Einrede herbeizuführen drohen. Ist der Antrag in dieser Art begründet, so gibt der Richter dem Provocaten sofort[61] die Anstellung der bezeichneten Klage auf, und beraumt dafür eine nach den Umständen kürzere oder längere Frist an, ohne jedoch jetzt schon einen Rechtsnachtheil anzudrohen; nach dem erfolglosen Ablauf dieser Frist aber und erhobener Ungehorsamsbeschuldigung wiederholt er die Auflage unter Ansetzung einer neuen Frist[62] und verbindet damit nunmehr das Präjudiz des ewigen Stillschweigens.[63] Dem Provocaten steht gegen beide Auflagen wie gegen ein unbedingtes Mandat der Weg der Remonstration (exc. sub- et obreptionis) offen.[63a] Dringt er damit nicht durch, so wird im Falle des wiederholten Ungehorsams der angedrohte Rechtsnachtheil wie gewöhnlich realisirt.[64] Als ungehorsam aber ist er auch dann noch zu betrachten, wenn er die fragliche Klage zwar anstellt, jedoch ohne genügende Begründung,[65]

Bescheinigung im Fall des Leugnens durch weitere Indicien zu ergänzen sei. Vgl. Claproth: Einleitung in sämmtliche summ. Pr. §. 278, Danz: Grundsätze der summ. Pr. §. 29, Mittermaier a. a. O. S. 185. Den Reichsgesetzen scheinen sich Biener: Syst. proc. jud. II. §. 302, Muther a. a. O. II. S. 169 und Bayer a. a. O. S. 148 anzuschließen.

61) Dies entspricht dem unten in §. 21 Note 7 nachzuweisenden Grundsatz, und nach dem Zeugniß von Oldendorp l. c. nr. 11 und Mevius: Decis. VI. 95 auch der gerichtlichen Praxis. Muther a. a. O. II. §. 32 will ein bedingtes Mandat erlassen wissen.

62) Die Wiederholung der Auflage wird, außer wo Gefahr auf dem Verzuge, von den meisten älteren Juristen und der Praxis des R. K. Gerichts für nothwendig gehalten. Vgl. die Nachweisungen bei Blarer l. c. VI. nr. 1 sequ., Gaill: Obs. I. 12 nr. 4, Mynsinger: Obs. III. 86, Berger l. c. §. 31 sequ., Danz a. a. O. §. 27, Muther a. a. O. II. S. 170 fg. Die neuesten Processualisten dagegen neigen mehr zu der entgegenstehenden Ansicht. Vgl. Claproth a. a. O. §. 276 c., Linde: Lehrbuch §. 337.

63) Dieser in die althergebrachte Form der Absolution von der Klage gekleidete Rechtsnachtheil wurde schon mit den Aufgeboten des älteren deutschen Rechts verbunden — vgl. Note 6, 9 —, und ging ohne Zweifel von dort in die italienische Doctrin über. Er entspricht dem practischen Zweck, welchen die Aufforderungen zur Klagestellung verfolgen, und wurde von den italienischen Juristen (wohl nicht ohne Beziehung auf die l. Diffamari, verb. „ne de cetero inquietudinem sustineres“) auf die richterliche Amtsgewalt, das officium judicis, gestützt. S. die Belegstellen bei Muther a. a. O. II. §. 36. Unzureichend war die von Muther §. 35 bekämpfte Ansicht der 1. Aufl.

63a) Von den möglichen Einwendungen gegen die Provocation handelt K. Witte im Archiv für civil. Pr. XLVII. 19.

64) Es ist also auch accusatio contumaciae erforderlich und purgatio morae zulässig. Vgl. Brandis: Ueber den Zeitpunct, mit welchem die Nachtheile des Ungehorsams eintreten, §. 9, 12 Note 25.

65) Vgl. Muther a. a. O. II. S. 166. Dagegen wird das Vorhandensein des Ungehorsams geleugnet und eine nochmalige Wiederholung der Auflage für erforderlich gehalten von den Leipziger Schöffen in den bei Biener: Syst.

oder wenn er der Pflicht zur Leistung der cautio pro expensis nicht nachkommt,[66] oder in sonstiger Art eine Vertheidigung möglich macht oder nicht abschneidet, welche unter gewöhnlichen Verhältnissen die Abweisung der Klage wie angebracht zur Folge haben würde. Dagegen leitet die rechtzeitige und ordnungsmäßige Anstellung der Klage, mit welcher übrigens der provocatio ex l. Si contendat gegenüber, wenn diese die Exceptionalhandlung bereits vollständig anticipirt hat, die Replik sogleich zu verbinden ist, das Verfahren in den regelmäßigen Gang über.

Die litis contestatio.*

§. 14.

Wenn ein Streitverhältniß (actio) zu gerichtlichem Austrag gebracht, und in einen Rechtsstreit (judicium) übergeleitet werden soll, so ist eine darauf gerichtete Erklärung erforderlich. Die Parteien müssen erklären, daß und worüber sie streiten wollen, und sie thun dies ihrer Stellung zum Richter entsprechend in der Form von Bitten.

Dem Kläger als dem angreifenden Theile gebührt hierbei die Initiative; „wo kein Kläger, da ist auch kein Richter."[1] Er ist darauf angewiesen, den Richter um Anerkennung des vom Verklagten verletzten Rechts zu bitten. Diese Bitte aber, von den

---

proc. jud. (2. ed.) II. §. 303 not. 3 angezogenen Urtheilen und von dem O. A. G. zu Cassel bei Seuffert: Archiv VIII. 333, XVIII. 74.

66) Vgl. Heise und Cropp: Jurist. Abhandl. I. 17 §. 2—4, Muther a. a. O. II. S. 167, welche auch Nachweisungen über abweichende Ansichten geben.

*) Tit. Cod. 3, 9. X. 2, 5. Lib. VI. 2, 3 de litis contestatione. — Winckler: Discrimen inter litis contestationem jure veteri et hodierno (Opusc. min. vol. I. Lips. 1792 p. 293—370). Keller: Ueber Litiscontestation und Urtheil, Zürich 1827. Mayer: Die L. C. geschichtlich dargestellt, Stuttg. 1830. Wächter: Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Würtembergischen Privatrecht, Heft 2 und 3, Stuttg. 1846. Buchka: Die Lehre vom Einfluß des Proc. auf das materielle Rechtsverhältniß, Rostock und Schwerin, Thl II. 1847. Savigny: System Bd VI. §. 256—279. Römer: Das Erlöschen des klägerischen Rechts, Stuttg. 1852. Bekker: Die processualische Consumtion, Berlin 1853. Windscheid: Die actio des römischen Civilrechts vom Standpuncte des heutigen Rechts, Düsseld. 1856 (§. 8, 9). Krüger: Processualische Consumtion und Rechtskraft der Erkenntnisse, Leipz. 1864. Wieding: Der justinianeische Libellproceß, Wien 1865. Bethmann-Hollweg: Der römische C. Pr. II. §. 102, 103, III. §. 153.

1) Diese Rechtsparömie findet sich in der Gl. zum sächs. Weichb. c. 47 vers. Ir sollet wissen, wo einer, Gl. zum sächs. Ldr. III. 7 vers. Schlegt auch. Aehnlich im Verm. Sachsensp. IV, 45 d. 12. Vgl. Graf und Dietherr: Deutsche Rechtssprichwörter S. 425.

Römern actio (im formellen Sinne) oder intentio, von den Neuern passend Klagbitte oder auch kurz Klage genannt, nimmt je nach der Verschiedenheit des streitigen Rechts einen verschiedenen Inhalt an. Die Statusklagen bezwecken lediglich die richterliche Anerkennung des in Frage stehenden persönlichen Rechtsverhältnisses. Aus Obligationen wird auf Anerkennung einer Verpflichtung, d. h. auf Verurtheilung geklagt. Und die dinglichen Klagen sollen, da sie eine reelle Verletzung voraussetzen, nicht bloß das ihnen zu Grunde liegende Recht, sondern auch die Verpflichtung des Verklagten zur Wiederherstellung des demselben entsprechenden factischen Zustandes zur Anerkennung bringen. Verpflichtungen aber können auf Haupt- und Nebenleistung gehen, und wo daher um Verurtheilung zu bitten ist, wird auch die Klagbitte beides umfassen können, ja wenn die Nebenleistungen, deren wegen eine besondere Klage nicht Statt findet, überhaupt geltend gemacht werden sollen, beides umfassen müssen. Speciell aber muß die Klagbitte, um Berücksichtigung zu finden, entweder schon durch ihre Fassung, oder wo dies nicht möglich ist, wie bei den persönlichen Klagen[2] und den actiones in factum,[3] durch Bezugnahme auf die sie begründenden Thatsachen erkennen lassen, einestheils daß sie einem der vom römischen, kanonischen und deutschen Recht ausgebildeten Klagtypen entspreche, mit anderen Worten, daß sie in den Rechten gegründet, rechtlich begründet sei, und sodann, welches concrete Recht sie zur Geltung bringen solle. Sie muß mithin den Character einer individuell bestimmten rei vindicatio, a. confessoria, condictio certi ex mutuo, a. emti u. s. w. haben, und zum Zweck der Individualisirung namentlich die Parteien, das Object[4]

---

2) Aus der Bitte um Verurtheilung an sich läßt sich zwar ersehen, daß eine Obligation, aber nicht, welche geltend gemacht werden soll. S. auch Note 24.

3) S. Note 25. Bei den utiles in rem actiones jedoch, die ja auch actiones in factum sind, pflegt in der Praxis das Petitum eben so gefaßt zu werden, wie bei den directae in rem actiones. Man bittet z. B. um Anerkennung des publicianischen Eigenthums (oder quasi dominii), des dominium utile u. s. w.

4) L. 5 §. 5, l. 6 D. de R. V. (6, 1), l. 1 §. 40, 41 D. depos. (16, 3), l. 19 pr. §. 1—4, l. 53 §. 25 D. de furt. (47, 2), c. 2 X. de lib. obl. (2, 3), c. 49 X. de appell. (2, 28). Ex justa causa kann jedoch auch eine incerta pars eingeklagt werden. Cf. l. 1 §. 5 D. si pars hered. (5, 4), l. 3 §. 2, l. 76 §. 1 D. de R. V. (6, 1), l. 8 §. 1 D. comm. divid. (10, 3). Und sollte der Kläger den Gegenstand der Klage nicht so genau bezeichnen können, als es die Regel fordert, so befreit er sich von dieser Pflicht durch einen Calumnieneid. Cf. l. 1 §. 40 in f. D. depos. (16, 3), l. 19 §. 4 in f. D. de furt. (47, 2). Eine Befreiung, welche ihm ohne Calumnieneid auch da zu Gute kommt, wo das s. g.

und wo es darauf ankommt,[5] auch den Entstehungsgrund genau bezeichnen.

Der Verklagte andererseits braucht es zum Proceß nicht kommen zu lassen. Er macht das erbetene Urtheil des Richters unnöthig, und schneidet den Proceß im Entstehen ab, wenn er den in der Klagbitte behaupteten Anspruch seinem ganzen Umfange nach anerkennt, oder, wie man dies zur Zeit des Formularprocesses nannte, eine confessio in jure ablegt.[6] Denn da er sich dadurch selbst schuldig bekennt, gleichsam sich selbst verurtheilt,[7] so wird er sachgemäß so angesehen, als sei er vom Richter verurtheilt worden.[8] Nicht weil das Bekenntniß den Beweis des erhobenen Klaganspruchs erbrächte, sondern weil es eine Disposition enthält,[9] wie darin hervortritt, daß es die Dispositionsfähigkeit des Confitenten voraussetzt,[10] und nicht durch den Beweis des Gegentheils, ja nicht einmal durch den Beweis der factischen Unmöglichkeit des Gestandenen,[11] sondern nur vermittelst der restitutio in integrum rückgängig gemacht werden kann.[12] Die Praxis läßt zwar auf Grund eines solchen Geständnisses noch eine Sentenz ergehen,[13] welche dahin gefaßt zu werden pflegt, daß es bei dem

---

juramentum Zenonianum begründet ist. Vgl. §. 28 unter 1 a. E. Von anderen hier in Betracht kommenden Gesichtspuncten wird in §. 46 unter 2. (in der Lehre vom Urtheil) die Rede sein.

5) Nämlich in den Fällen der Noten 2 und 3.

6) Auf diese Art des Bekenntnisses beziehen sich Pauli R. S. V. 5 A, II. 1 §. 5, tit. Dig. 42, 2, Cod. 7, 59, X. 2, 18, Lib. VI. 2, 9 de confessis, — Weber: Verbindlichkeit zur Beweisführung, ed. 3ia von Heffter, Halle 1845, Abh. 4 und Zusätze S. 242—247, Bethmann-Hollweg: Versuche, Berlin 1827, Nr. 4, Savigny: System VII. §. 303—308.

7) L. 1 D. de conf. (42, 2): „— quodammodo sua sententia damnatur."

8) L. 1 D. de conf. (42, 2) [„Confessus pro judicato est"], l. 3, 6 §. 2 D. eod., l. 56 D. de re jud. (42, 1), l. 40 §. 1 D. de pactis (2, 14), l. un. C. de conf. (7, 59), l. 4 C. de repud. hered. (6, 31), Pauli R. S. V. 5 A. §. 2.

9) Arg. l. 29 §. 1 D. de donat. (39, 5), l. 1 §. 7 D. si in fraudem (38, 5). Es folgt daraus, daß die confessio in jure bei solchen Rechtsverhältnissen, welche der Privatdisposition nicht schlechthin unterworfen sind, unverbindlich ist. Cf. l. 24, 39 C. de lib. causa (7, 16) mit l. 14 C. de prob. (4, 19). S. auch §. 19 Note 6.

10) L. 6 §. 5 D. de conf. (42, 2).

11) Ueber l. 13, 14, 16 D. de I. I. I. (11, 1) vgl. Savigny: System VII. S. 306 Note g.

12) L. 6 §. 5, l. 7 D. de conf. (42, 2), l. 11 §. 8 D. de I. I. I. (11, 1), c. 3 X. de conf. (2, 18), c. 2 in VI. de rest. in int. (1, 21). Selbst die Restitution aber war eben so wie die condictio indebiti aus dem Gesichtspunct des Vergleichs ausgeschlossen bei den Klagen, bei denen lis inficiando crescit in duplum. Vgl. Savigny: System VII. §. 307.

13) Vgl. die Nachweisungen bei Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 295 fg.

Eingeständniß des Verklagten das Bewenden behalte. Dieselbe ist aber nicht decisiv, sondern bloß declaratorisch; obgleich materiell in der Art eingreifend, daß sie das Geständniß als einen processualischen Act erscheinen läßt, zu dessen Vornahme der mit der Proceßführung Beauftragte einer speciellen Vollmacht nicht bedarf,[14] hat sie an sich doch lediglich die formelle Bedeutung, die Gültigkeit des Bekenntnisses zu constatiren, und insofern als Grundlage für die etwa noch erforderliche Execution[15] oder ein die Execution vorbereitendes Liquidationsverfahren[16] zu dienen.

Will dagegen der Verklagte streiten, so muß er seinen Widerspruch ausdrücken, und den Richter ersuchen, der Klagbitte nicht Statt zu geben, d. h. ihn von der Klage zu entbinden (absolvere ab actione) oder, was gleich viel ist, den Kläger ab- und zur Ruhe zu verweisen. Klagen gegenüber, welche einen theilbaren Gegenstand haben, kann er aber auch das Recht des Klägers theilweise anerkennen, theilweise bestreiten.

Kein Rechtsstreit kann in seiner regelmäßigen Entwickelung ohne Klagbitte und Gegenbitte gedacht werden. Beide zusammen bilden in ihrer Beziehung auf einander die Grundlage jedes ordentlichen Verfahrens, und sind von jeher mit dem Ausdruck litis contestatio, Kriegsbefestigung, bezeichnet worden. Allerdings aber hat die Form dieses zweiseitigen Actes im Lauf der Zeit vielfach gewechselt.

Nach dem ältesten römischen Recht wurden bei Einleitung des Processes, d. i. in jure, Zeugen zugezogen, welche den Inhalt der sich vor ihnen entwickelnden Verhandlungen anhören sollten, um darüber bei entstehendem Zweifel in judicio ihr Zeugniß abzu-

14) S. oben §. 10 Note 18.

15) Nach R. R. entspringt der Anspruch auf die Execution unmittelbar aus dem Bekennntniß, und das ist sachlich auch heut zu Tage anzunehmen. Cf. Pauli R. S. II. 1 §. 5, V. 5 A. §. 4, l. 6 §. 6 D. de conf. (42, 2), l. 31 D. de re jud. (42, 1), l. 21 D. de jud. (5, 1), l. un. C. de conf. (7, 59), l. 9 C. de exs. rei jud. (7, 53).

16) Ein Liquidationsverfahren (non rei judicandae, sed aestimandae) ließ schon das R. R. der Execution vorausgehen, wenn das Bekenntniß nicht auf eine certa quantitas gerichtet war. Cf. l. 6 pr. §. 1 D. de conf. (42, 2), l. 4 C. de rep. hered. (6, 31) mit l. 6 §. 2 D. de conf., l. 3, 5 D. eod., l. 25 §. 2, l. 26 D. ad leg. Aquil. (9, 2). Es hängt dies jedoch noch mit dem Standpunct des vorjustinianeischen Rechts zusammen, welches eine pecuniaria condemnatio verlangte, und danach die Executionsmittel bemessen hatte. Dem justinianeischen und heutigen Recht ist es entsprechender zu sagen, daß Bekenntniß und Urtheil einander gleichstehen, und um exequirbar zu sein, aus ganz gleichen Gründen ein Liquidationsverfahren veranlassen. In Betreff des Urtheils vgl. §. 46 unter 2.

legen.[17] Sie waren also wegen der dem ordo judiciorum eigenthümlichen Theilung des Verfahrens nothwendig, und hatten als „lebendes Protocoll" dieselbe Function, welche an ihrer Statt im Formularproceß die formula übernahm.[18] Der von den Parteien gemeinschaftlich vorgenommene Aufruf der Zeugen insbesondere bezweckte, sie zur demnächstigen Ablegung ihres Zeugnisses zu verpflichten,[19] und gab zugleich der in jure geführten Verhandlung, auf welche angewandt er eben litis contestatio genannt wurde, ganz so wie späterhin die Formel, einen formellen Abschluß. Mit dem gleichen Namen aber wurden auch die von den Zeugen wahrgenommenen oder durch die Formel bekundeten Vorgänge selbst bezeichnet,[20] und fragen wir, worin diese bestanden, so wird durch die uns über die legis actiones erhaltenen, obschon lückenhaften Nachrichten einerseits,[21] und den Inhalt der Formeln andererseits zur Genüge bewiesen, daß sie den vom Kläger erhobenen Anspruch und die Aufnahme des Streits von Seiten des Verklagten in bestimmter Weise constatiren sollten. Was namentlich die formula anbelangt, so war dieselbe zwar ihrer äußeren Erscheinung nach keine Aufzeichnung von Statt gehabten Verhandlungen, sondern eine Anweisung, durch welche der Prätor dem für die in Frage stehende Sache ernannten Judex aufgab, über ein näher bezeichnetes Recht des Klägers zu cognosciren, und jenachdem sich dasselbe als begründet erweisen werde, oder nicht, den Verklagten zu condemniren oder zu absolviren (si paret — dare oportere, condemna, si non paret, absolve). Allein offenbar entnahm sie die Bedingung, von welcher sie Condemnation und Absolution abhängig machte, den Anträgen der Parteien („intentio, qua actor desiderium suum concludit"),[22] und der Antrag des Klägers

---

17) Festus de V. S.: „Contestari est cum uterque reus dicit: Testes estote." — „Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote."

18) Vgl. Keller a. a. O. §. 1, Savigny a. a. O. VI. S. 10 fg.

19) Gellius: N. A. XV. 13 [„ — qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto"].

20) Vgl. Keller S. 8 fg.

21) Diese Nachrichten beziehen sich vorzugsweise auf die legis actio sacramento, worüber zu vgl. Keller: Der römische C. Pr. §. 13. Auf die manus injectio und pignoris capio paßt das Gesagte allerdings nicht, weil diese legis actiones sich auf die Execution bezogen.

22) Gai. IV. 41. — Die Conjectur Bekker's a. a. O. S. 38, es sei zu lesen „ex qua actor" wird mit gutem Grund von Huschke: Gaius S. 165 verworfen. Das „concludere" bedeutet nicht „folgern," sondern „einschließen."

mußte danach auf Anerkennung des von ihm behaupteten Rechts, der Antrag des Verklagten auf Nicht-Anerkennung dieses Rechts gerichtet sein,[23] jener also die Klagbitte, dieser die Gegenbitte enthalten. Thatsachen konnten dabei regelmäßig nicht in Betracht kommen; nur ausnahmsweise wurden solche in die Formel aufgenommen, nach Civilrecht zum Zweck der Individualisirung persönlicher Klagen (demonstratio),[24] nach dem prätorischen Edict als Fundament von actiones in factum[25] und als exceptionelle Vertheidigungsgründe (exceptiones, replicationes).[26]

Von den Kaisern Diocletian und Maximinian aber wurde verordnet, daß die Magistrate außer in Fällen besonderer Verhinderung nicht mehr zur judicis datio schreiten, sondern die Functionen des judex selbst verrichten sollten,[26a] und da es folgeweise der conceptio formularum nicht weiter bedurfte,[27] so kam die dem Formularproceß eigenthümliche Form der L. C. in Wegfall. Es war also so zu sagen die den Magistraten bis dahin für gewisse Arten von Ansprüchen ausnahmsweise vorbehaltene extraordinaria causae cognitio zur Regel erhoben.[27a] Auf den materiellen Inhalt der L. C. aber hatte dies keinen Einfluß. Wie vordem schon im außerordentlichen Verfahren die Aufnahme des Processes Seitens des Verklagten, d. i. dessen Erklärung, den erhobenen Klaganspruch nicht anerkennen, sondern es auf eine richterliche Entscheidung ankommen lassen zu wollen (actionem, s. litem, s. cognitionem suscipere), der Vorgang war, mit welchem die Wirkungen der L. C. eintraten,[28] so wurde im späteren Proceß

---

23) Vgl. Huschke a. a. O. S. 165 fg.

24) Gai. IV. 40. — Demonstrationen in der oben angegebenen Bedeutung scheinen eigentlich bei allen persönlichen Klagen nothwendig, „quod singulas obligationes singulae causae sequuntur," wie l. 14 §. 2 D. de exc. rei jud. (44, 2) sagt; sie kommen aber als selbständige Bestandtheile der Formel nur bei der condictio incerti und den b. f. actiones vor, und nach Cic. pro Roscio Com. c. 4, 5 und den Beispielen bei Gaius IV. 41, 86 zu urtheilen, ist nicht einmal wahrscheinlich, daß sie in Gestalt eines Zusatzes (ex mutuo, ex stipulatu) in die Intention eingeschoben zu werden pflegten. Ueber die praescriptio pro actore als Beschränkung und Ersatz der demonstratio vgl. Gai. IV. 130—137 und Keller: Der röm. C. Pr. §. 41 und 42.

25) Gai. IV. 46.

26) Gai. IV. 116—129.

26a) L. 2 (Dioclet. et Maxim. a. 294) C. de pedan. jud. (3, 3).

27) L. 1 (Constantius et Constans) C. de formulis et impetrationibus actionum sublatis (2, 58).

27a) Cf. §. 8 I. de interd. (4, 15), pr. I. de succ. sublat. (3, 12), und dazu l. 47 §. 1 D. de neg. gest. (3, 5).

28) L. 19 pr. D. de jurisd. (2, 1), l. 52 pr. D. de jud. (5, 1), und dazu

überhaupt nach der im justinianeischen Rechtsbuch enthaltenen Darstellung desselben die Streitabsicht dadurch erklärt, daß im ersten zur Verhandlung angesetzten Termine der Kläger die in dem Klaglibell bereits schriftlich vorgetragene[28a] Klagbitte wiederholte (litem movere, actionem intendere, narrationem proponere), der Verklagte aber seinen Widerspruch gegen dieselbe erhob (reluctari, infitias ire, contradictionem opponere, respondere),[29] und so sehr

---

Wieding a. a. O. S. 103—107. Beachtenswerth ist, daß dieselben und ähnliche Ausdrücke wie die oben erwähnten auch in Anwendung auf den Formularproceß vorkommen, und hier nachweislich gleichbedeutend mit „litem contestari" genommen werden. Vgl. Keller a. a. O. §. 6. Wie Savigny: System VI. S. 19 fg. annimmt, bezog sich auch l. 33 D. de O. et A. (44, 7) auf die extraordinaria causae cognitio; das „si vivus conventus fuerat" aber von einer erfolgreichen Klagestellung, d. i. von der L. C. oder einem dieser gleichartigen Act zu verstehen, ist wegen der Schlußworte „quasi lite contestata cum mortuo" nicht möglich, vielmehr ist Wieding a. a. O. S. 369 fg. darin beizustimmen, daß es sich hier um eine Fiction der L. C. handelt, die an einen vor der L. C. liegenden Moment geknüpft ist. S. unten Note 88.

28a) Vgl. im Allgemeinen über den Klaglibell und die Einleitung des Verfahrens nach justinianeischem Recht Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. §. 152.

29) Vgl. besonders l. 14 §. 1 (Just. a. 530) C. de jud. (3, 1) verb. „Patroni autem causarum — — quum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam — — juramentum praestent", worauf sich die spätere l. 2 pr. (Just. a. 534) C. de jurejur. pr. cal. (2, 59) zurückbezieht, verb. — „sancimus — non aliter neque actorem, neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsionem, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum praestent, ipsae principales personae subeant jusjurandum". Die anderen oben angeführten Ausdrücke sind den Stellen der Note 30 entlehnt, in denen sie den Gegenstand des von den Parteien zu schwörenden s. g. generellen Calumnieneides bezeichnen. Daß aber das „narrationem proponere" keine nothwendige Beziehung auf Thatsachen hat (die übrigens nach dem zu den Noten 24 und 25 Bemerkten vom Vortrage der Klagbitte keineswegs ganz ausgeschlossen waren), beweist l. 3 (Just. a. 531) C. de ann. exc. (7, 40) vers. Et si quis, und da nun ferner auch die contradictio gelegentlich „narratio" genannt wird — vgl. Wieding a. a. O. S. 155 —, so ergibt sich, daß zwischen jenen Stellen und den Schlußworten eines in geschichtlicher Beziehung durchaus räthselhaften Rescripts von Severus und Antoninus, der l. 1 C. de L. C. (3, 9): „Lis enim tunc contestata videtur, quum judex per narrationem negotii causam audire coeperit" vom Standpunct des justinianeischen Rechts kein Widerspruch besteht. Freilich stellt Wieding §. 13, von der Voraussetzung ausgehend, daß die L. C. seit dem Verschwinden des Zeugenaufrufes nur noch fingirt worden sei, unter Berufung auf dieses Rescript die Behauptung auf, die Fiction der L. C. habe sich im Formularproceß an den Abschluß der Formel, später aber an den Beginn der die Verhandlungen „in judicio" eröffnenden narratio des Klägers angelehnt, und dieser Begriff der narratio sei allen jenen Stellen gemeinsam. Allein abgesehen davon, daß von einer solchen Fiction nirgends in den Quellen die Rede ist, daß noch in spätester Zeit die L. C. als ein wirklicher Vorgang erscheint — l. 33 C. de donat. (8, 54), nov. 53 c. 3 §. 2, c. 4 pr., nov. 80 c. 10, nov. 96 c. 1, c. 2 §. 1 —, ist diese Ansicht auch unvereinbar mit den Bestim-

erschien bei diesen gegenseitigen Erklärungen die bisherige Form als das Nebensächliche, daß auch der Name „litis contestatio" für dieselben beibehalten wurde.[29a] Erst Justinian stellte insofern wieder eine Art von formellem Abschluß her, als er die Parteien anwies, unmittelbar nach der L. C. einen Calumnieneid dahin abzuleisten, daß sie mit den in ihr enthaltenen Behauptungen und Anträgen in gutem Recht zu sein glaubten.[30] Und in dieser Gestalt ging dann die L. C. aus dem justinianeischen Recht in das C. R.[31] und in die Praxis des Mittelalters,[32] so wie aus diesen Quellen später in die Reichsgesetzgebung[33] über. Zwar machte sich bei den italienischen Juristen einmal die Vorstellung geltend, die L. C. könne seitens des Verklagten auch durch die Anerkennung des Klagrechts geschehen, und sei dann eine affirmative, allein man gab diesen Begriff mit der Erkenntniß des in ihm liegenden Widerspruchs und seiner practischen Unbrauchbarkeit demnächst wieder auf.[34] Dagegen ging in der Praxis die Einheit des Actes, welche die L. C. bis dahin ausgezeichnet hatte, allmählich verloren; die mündliche Wiederholung des Klaglibells wurde ferner nicht für nöthig erachtet, und deshalb der erste Termin allein für die Erklärung des Verklagten bestimmt.[35] Somit fielen jetzt Klagbitte und Gegen-

---

mungen der l. 2 C. de jurejur. pr. cal. (2, 59) über den generellen Calumnieneid. Denn während sie genöthigt ist, die Ableistung dieses Eides hinter die Erörterung der dem Streitverhältniß zu Grunde liegenden Thatsachen zu verlegen, läßt die l. 2. C. cit. im pr. ihn vor dem „exercere certamina" und vor den „allegationes" des Verklagten insbesondere, im §. 9 aber unzweifelhaft unmittelbar nach der L. C. ableisten.

29a) Wie er auch im außerordentlichen Verfahren gebraucht worden war. Cf. l. 20 §. 6 D. de H. P. (5, 3), l. 35 §. 1 D. de auro leg. (34, 2), und dazu Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. §. 122 Note 112.

30) L. 2 pr. C. de jurejur. pr. cal. (2, 59), §. 1 I. de poenis temere litig. (4, 16), nov. 49 c. 3, vergl. mit l. 44 §. 4 D. fam. erc. (10, 2), einer Stelle, welche durch Gai. IV. 172, 174, 176, 179 (über ihre bestrittene Aechtheit vgl. Goldschmidt: Abhandlungen S. 31 Note 5) ganz neues Licht erhalten hat.

31) C. un. X. h. t. (2, 5) [„— cum non per positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in jure propositam et responsionem sequutam contestatio litis fiat"], c. 54 §. 3 X. de elect. (1, 6), c. 2 in VI. h. t. (2, 3).

32) Die Nachweisungen hierüber liefert Albrecht: Die Exceptionen des gem. teutschen C. Pr. S. 136 fg.

33) K. G. O. von 1508 tit. 1 §. 4, von 1555 III. 13 §. 4, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 15 §. 4.

34) Albrecht a. a. O. S. 137, 139.

35) Ders. S. 140. Im K. G. Proceß hängt die obige Veränderung mit der Ausbildung des Eventualprincips zusammen. Nach dem R. A. von 1570 §. 89, von 1594 §. 63 und dem Conc. der K. G. O. von 1613 III. 15 §. 8 (vgl. mit §. 4) geschah die L. C. „in scriptis", wenn der Verklagte dilatorische Einreden vorbrachte, mit denen er in eventum die L. C. zu verbinden hatte.

bitte zeitlich auseinander, und hieran anknüpfend verordnete der J. R. A., daß mit jeder von beiden Bitten andere Handlungen verbunden werden sollten, welche bisher der L. C. nachgefolgt waren, mit der Klagbitte die factische Begründung der Klage, mit der Gegenbitte die Beantwortung der Klagthatsachen und die Einreden.[36] Wenn man daraus aber folgert, daß die L. C. selbst eine Umwandlung erfahren habe, und jetzt in einer einseitigen Handlung des Verklagten, und zwar in der Beantwortung der mit der Klagbitte zu verbindenden Klagthatsachen bestehe, so verkennt man durchaus die Absicht und Tragweite jenes Gesetzes, welches eine Fortbildung des Eventualprincips bezweckte, den Begriff der L. C. dagegen und die auch im heutigen Proceß fortlebenden Momente desselben unangetastet ließ. Jene falsche Auffassung und die darauf gegründete Terminologie sollten daher nicht länger festgehalten werden; führen sie auch nicht gerade practische Nachtheile mit sich, so erschweren sie doch die Erkenntniß und Benutzung der Grundlagen, welche aus dem älteren Proceß auf den heutigen übergegangen sind.

Eigenthümliche Abweichungen bietet die L. C. in ihrer Anwendung auf die judicia duplicia dar. Bei den interdicta retinendae possessionis kann der Belangte der Klagbitte statt eines einfachen Widerspruchs einen positiven Antrag entgegensetzen, welcher entweder auf Anerkennung des eigenen, oder auf Zuerkennung des auf Seiten des Klägers vorhandenen Besitzes gerichtet ist. Und bei den judicia divisoria ist eine L. C. auch dann schon anzunehmen, wenn der Anspruch auf Theilung gar nicht bestritten, sondern mit einem gleichen Antrag beantwortet wird, sollte dieser von jenem auch nicht einmal in dem der Theilung zu Grunde zu

---

36) J. R. A. §. 34, 37. — Volles Verständniß erhalten diese Bestimmungen durch die vorausgehenden des R. A. von 1570 §. 89, 90, von denen sie sich eigentlich nur durch die Aufhebung der Artikelsform unterscheiden. Die Gegenbitte erwähnt zwar der J. R. A. nicht ausdrücklich, er wollte aber auch gerade an ihr nichts ändern, und mußte, da dieselbe an eine bestimmte Form nicht gebunden war, auch einen stillschweigenden, aus dem übrigen Inhalt der ersten Handlung des Verklagten sich ergebenden Widerspruch für ausreichend halten. Vgl. §. 71 Note 27 fg. dieses Systems. Im Wesentlichen stimmt hiermit Albrecht a. a. O. S. 166 (vgl. auch Linde: Abhandl. S. 1—18) überein, er stellt jedoch die L. C. überhaupt als „etwas dem Vertheidigungslibell bloß Involvirtes“ dar, während der J. R. A. §. 110 sie noch immer als etwas Reales betrachtet. Auf die Klagbitte und Gegenbitte in ihrer Beziehung auf einander aber paßt noch immer, was Dur. II. pr. nr. 2 von der L. C. sagt: „Nam cum ipsa sit judicii fundamentum et initium, ubi ipsa non est fundamentum, nullum boni operis superest aedificium.“

legenden Quotenverhältniß differiren. Es fallen diese Anomalien mit der Natur der judicia duplicia zusammen, welche ungeachtet der Einheit des Streitpunctes beide Theile zugleich als Kläger und als Verklagte erscheinen lassen.[37] Im Uebrigen bedarf es kaum der Bemerkung, daß überall da, wo sich die wahre Natur der L. C. geltend macht, wie selbst in den meisten der letzt erwähnten Fälle, die widerstreitenden Behauptungen, welche als Position und Negation in ihr hervortreten, nicht mit einander zu Recht bestehen können. Eine von beiden Parteien muß sich wissentlich oder unwissentlich im Unrecht befinden, und keineswegs braucht dies gerade der Verklagte zu sein, wie in den Darstellungen des Privatrechts vorausgesetzt wird, wenn von dem materiellen Begriff der Klage und dem Einfluß die Rede ist, welchen die L. C. auf das Klagrecht ausübt.

Die L. C. hat nun sehr weit greifende Wirkungen.

Von diesen beruht eine, die mit ihren Ausnahmen in anderem Zusammenhang bereits in §. 6 unter 2 besprochen worden ist, auf positivem Gesetz: die Unveräußerlichkeit der litigiösen, d. h. der im Streit befangenen Sachen und Klagen.[38] Sieht man davon ab, daß schon die 12 Tafeln bei Strafe des Duplum (jedoch ohne die Folge der Nichtigkeit) litigiöse Sachen den Göttern zu weihen verboten hatten,[38a] so ist der Ursprung jener Bestimmung in einem Edict des Kaisers Augustus zu suchen, welches den wissentlichen Ankauf solcher Sachen von dem non possidens, d. i. von dem gegen den possidens mit der Eigenthumsklage aufgetretenen Kläger, nicht bloß mit Geldstrafe bedrohte, sondern auch für ungültig („nullius momenti“) erklärte.[38b] Durch die Jurisprudenz

---

37) Vgl. oben §. 5 Note 6.

38) Vgl. §. 6 Note 14—17, und im Allgemeinen: Spangenberg im Archiv für civil. Pr. IX. 24, Schmid: De litigiosarum rerum alienatione ex jure antejustinianeo, Jen. 1840, Bachofen: Auserwählte Lehren des römischen C. R., Bonn 1848, Nr. 2, Brinckmann: Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität, Kiel 1849, Friedenthal: De rerum litigiosarum alienatione ex jure Romano, Berol. 1849, Zimmermann im Archiv für civ. Pr. XXXV. 13, XXXVI. 5, im Archiv für pract. R. W. I. 2 S. 3 fg., Hartter in der Zeitschr. für C. R. und Pr., N. F. XII. S. 395 fg.

38a) L. 3 D. de litig. (44, 6).

38b) Fr. de jure fisci §. 8 vgl. mit l. 1 pr. D. de jure fisci (49, 14), und den in §. 6 Note 14 citirten Stellen. Dafür, daß das Verbot sich auf den Kläger bezog (den „non possidens“), läßt sich zwar das bei den betreffenden Worten unleserliche fr. cit. allein nicht anführen, wohl aber in Verbindung mit Gai. IV. 117, und mit dem Umstande, daß wiederholt eine exceptio als das aus der Contravention gegen dies Veräußerungsverbot entspringende Rechts-

wurden dann dem Kaufe alle anderen Erwerbsgründe mit Einschluß der Pfandbestellung,[39] so wie der Eigenthumsklage die a. communi dividundo und a. familiae erciscundae,[39a] ferner durch kaiserliche Constitutionen den litigiösen Sachen die litigiösen Klagen gleichgestellt,[39b] und endlich von Justinian auch der mit der R. V. belangte Besitzer, welchen die Veräußerung ohnehin zum Schadensersatz verpflichtete, ohne Rücksicht auf die Wissenschaft des Erwerbers dem Veräußerungsverbot unterworfen.[40] Noch weiter aber ging später das C. R. Indem es das Veräußerungsverbot mit anderen das Verhältniß der Parteien zu einander betreffenden Regeln unter der an das officium judicis gerichteten allgemeinen Vorschrift „Ut lite pendente nil innovetur“[41] zusammenfaßte, sprach es aus, daß vom Beginne des Processes an der rechtliche und factische Stand der Sache für Richter und Parteien bindend sein solle, daß also namentlich die Berücksichtigung später ausgewirkter Rescripte, die Veräußerung und Verschlechterung des Streitobjects, die Dilapidation der zu restituirenden Früchte, die vorzeitige Entziehung der vera oder quasi possessio, so wie überhaupt Alles, was zum Nachtheil einer Partei gereichen würde,[42] (jedoch nicht auch die ordnungsmäßige Ausübung des Besitzes[43]) verboten sei. Und dies

---

mittel erwähnt wird — Gai. l. c., l. 1 §. 2 D. quae res pign. (20, 3), l. 1 §. 1 D. de litig. (44, 6) —, wie sich denn auch nur aus dieser Annahme erklärt, daß das Edict, obschon seinem Wortlaut nach nicht auf Grundstücke beschränkt — cf. fr. cit. —, doch vorzugsweise bei solchen (und zwar bei fundi soli Italici) Anwendung fand — Gai. l. c., l. 27 §. 1 D. ad S. C. Vell. (16, 1), l. 1 §. 2 D. quae res pign. (20, 3) —, weil im vorjustinianeischen Rechte nur sie vom Nicht-Besitzer (durch Mancipation) veräußert werden konnten. Vgl. auch l. 2, 3 C. de litig. (8, 37).

39) L. 13 D. fam. erc. (10, 2), l. 1 §. 2 D. quae res pign. (20, 3) vgl. mit l. 2—4 C. de litig. (8, 37).

39a) L. 13, 25 §. 6 D. fam. erc. (10, 2), l. 1 in f. C. comm. div. (3, 37), l. 3 C. de comm. rer. alien. (4, 52).

39b) L. 2—4 C. de litig. (8, 37).

40) L. 4 C. eod.

41) Tit. X. 2, 16. Lib. VI. 2, 8. Clem. 2, 5. Ut lite pendente nil innovetur. Das Vorbild hierfür bildeten die Titel der justinianeischen Compilation: Dig. 49, 7 Nihil innovari appellatione interposita. Cod. 1, 21 Ut lite pendente — nulli liceat Imperatori supplicare. 2, 50 In integrum restitutione postulata ne quid novi fiat. — Vgl. übrigens Wach: Der Arrestproceß I. S 108 fg.

42) Vg. außer den citirten Titeln des C. R.: Innocentius ad c. 1 X. ut lite pend. init., ad c. 68 X. de appell. init., Henricus Host. in Summa aur. ad rubr. h. t. nr. 3, Jo. Andreae ad c. 2 Clem. h. t. s. v. innovari 2], Lanfrancus de Oriano: Pract. jud., tit. de interloc. et appell. nr. 73, J. H. Boehmer: J. E. P. II. 16 §. 4.

43) Cf. Innocentius und Jo. Andreae l. c., Jo. Monachus ad c. 16 in VI. de elect. nr. 138, Mandosius: De inhibitionibus c. 23 nr. 2,

nun ist noch als der heutige Rechtszustand zu betrachten. Daß das auf die Litigiosität gegründete Veräußerungsverbot in der Praxis seine Geltung verloren habe, läßt sich nicht behaupten; nur die für die Uebertretung desselben angedrohten Strafen sind in Wegfall gekommen.[43a] Zum Zweck der Durchführung jener allgemeinen Vorschrift des C. R. aber hat der Richter nach der Auffassung der italienischen Praxis alle entgegenstehenden Handlungen (attentata) auf begründetes Anrufen der beschädigten oder bedrohten Partei durch einseitige Befehle rückgängig zu machen oder zu verhindern,[44] und in den geeigneten Fällen (§. 30 sub II. 2. a.) durch Auflegung von Cautionen, so wie nöthigenfalls durch die Sequestration des Streitobjects die erforderliche Sicherheit zu gewähren.[45]

Gaill: Obs. I. 145, 146 nr. 14, Friderus Mindanus: De proc. mandatis et monit. II. 21 §. 4 nr. 15, Gönner: Handbuch IV. 79 §. 1 und 9, so wie die Entsch. des O. Trib. zu Stuttgart, der O. A. Gerichte zu Celle und Jena bei Seuffert: Archiv III. 203, X. 289, XI. 100.

43a) Während dieser letzte Punct allgemein anerkannt ist, gehen im Uebrigen die Ansichten seit dem Ende des 17. Jahrhunderts weit auseinander. Die Einen sehen nach dem Vorgange holländischer Juristen das Veräußerungsverbot als erloschen an, sei es schlechthin, wie Hommel: Rhapsod. nr. 683, oder nur für die actiones litigiosae, wie Berger: Oeconom. jur. III. 5 §. 5 n. 22, oder so, daß das dem veräußernden Verklagten gegenüber erstrittene Urtheil auch gegen den Successor exequirt werden könne, wie Struv: Synt. jur. civ. XLVI. 44 tit. 6 §. 51, Leyser: Meditat. VII. 518 m. 1, 2, Cramer: Observ. jur. univ. 491, Zimmermann a. a. O. (Note 38) XXXVI. S. 54 fg., — Andere wollen die Veräußerung nur dann nicht als rechtsbeständig gelten lassen, wenn dieselbe für den Proceßgegner einen speciellen Nachtheil involvirt, wie Pufendorf: Obs. jur. univ. IV. 201, das O. A. G. zu Cassel nach Strippelmann: Neue Sammlung IV. S. 421 fg., — die überwiegende Meinung aber hat an den Bestimmungen des R. R. pure festgehalten. Vgl. Mühlenbruch: Die Lehre von der Cession der F. R. §. 31, Spangenberg a. a. O. IX. 24 nebst den von diesem S. 411 citirten älteren Schriftstellern, Sintenis: Practisches C. R. II. S. 814 N. 42, Vangerow: Lehrbuch der Pandecten I. §. 160 sub V. 7, Arndts: Lehrbuch der Pandecten §. 113 Anm. 4 unter h, §. 258 Anm. 3, Windscheid: Lehrb. des Pand. Rechts §. 125 N. 7, so wie die Entsch. der O. A. Gerichte zu Lübeck, Celle, München und Wiesbaden bei Seuffert: Archiv V. 9, 10, XI. 135, XII. 89.

44) Innocentius ad c. 68 X. de appell. init., Henricus Host. l. c. nr. 3, Durant. II. 1 de rescr. praes. §. 4 nr. 5, Jo. Andreae l. c. s. v. cum lite pendente], Baldus ad l. 7 §. 2 D. qui satisd. cog. nr. 5, Mandosius l. c., Gaill: Obs. I. 146 nr. 6, 7, Friderus Mindanus l. c., Gönner a. a. O. §. 11. — Nach l. 5 pr. D. de H. P. (5, 3) darf jedoch der Verklagte mit Erlaubniß des Richters nothwendige Veräußerungen vornehmen.

45) Den Ausgangspunct hierfür bilden neben anderen auf speciellere Fälle bezüglichen Stellen [l. 21 §. 3 D. de appell. (49, 1), l. 5 C. quorum appell. non recip. (7, 65), l. 5 §. 1 D. ut legat. s. fideicomm. (36, 3)], besonders l. 7 §. 2 D. qui satisd. cog. (2, 8), tit. X. de sequ. fr. et poss. (2, 17), c. un. Clem. eod. (2, 6), c. 14 X. de spons. (4, 1). — Cf. gl. Deferre crucem] ad c. 1 X. ut lite pend. (verb. „nisi alias suspectus esset de dilapidatione"), Innoc. ad c. 1 X. eod. nr. 3, Baldus l. c. (Note 44), Gaill: Obs. I. 145

Andere wichtigere Wirkungen aber ergeben sich unmittelbar aus der Natur der L. C., und wie mannichfaltige Formen dieselben im Einzelnen auch annehmen, so lassen sie sich doch sämmtlich auf zwei Grundformen zurückführen.

1. Da die L. C. der zweiseitige Act ist, durch welchen die Parteien das zwischen ihnen bestehende Streitverhältniß (actio oder res de qua agitur[46]) in einen Rechtsstreit (judicium) überleiten, so kann sie, obschon durch die Klage veranlaßt, doch nicht einseitig vom Kläger rückgängig gemacht werden. Es übt mithin der Kläger, der nur einmal zu klagen berechtigt ist (bis de eadem re ne sit actio[47]), dadurch, daß er Litem contestirt, sein Klagrecht unwiderruflich aus, der Verklagte braucht sich auf eine neue Klage de eadem re[48] nicht einzulassen, sondern kann dieselbe mittelst einer Einrede, der exc. rei in judicium deductae, wie sie zur Zeit des Formularprocesses genannt wurde,[49] oder exc. litis pendentis, wie sie bei den Neueren heißt, elidiren, und darin liegt, daß der anhängig gemachte Klaganspruch (jedoch unbeschadet des ihm zu Grunde liegenden Rechts[50]) durch die L. C. vernichtet (consumirt) worden ist. Freilich wird diese negative Wirkung der L. C. von vielen und angesehenen Juristen in Abrede gestellt;[51] man behauptet, sie sei in das justinianeische Recht nicht übergegangen, und

---

nr. 5 und 148 nr. 2, Friderus Mindanus l. c. II. 39 §. 3, Heffter: System §. 489—491.

46) Ueber den letzteren Ausdruck vgl. Bekker a. a. O. §. 6.

47) Quinctil. I. O. VII. 6 §. 1, Declam. 266, Gai. IV. 98, 106—108. Anklänge an diese Regel finden sich bei Terent. Phorm. II. 3 v. 56—59 und in l. 5, 7 pr. §. 1, l. 11 §. 4, l. 12, 14, 17, 18, 21 §. 3, l. 22, 25 §. 2 D. de exc. rei jud. (44, 2), l. 15 §. 46 D. de injur. (47, 10). Vgl. Bekker §. 3.

48) Die Identität bestimmt sich hier eben so, wie für die exc. rei judicatae. Vgl. §. 47 unter 1.

49) Diese Bezeichnung ist in Justinian's Compilation vermieden worden, weil sie nicht mehr passend erschien, nachdem der Formularproceß und damit die Theilung des Verfahrens in jus und judicium aufgehoben worden war. In der l. 14 §. 13 D. quod met. c. (4, 2) haben die Compilatoren den Ausdruck exc. in factum substituirt.

50) Unzweifelhaft bei dinglichen Klagen; daß aber auch von persönlichen Klagen ein Gleiches gilt, indem in Folge ihrer Consumtion eine naturalis obligatio zurückbleibt, beweisen l. 8 §. 1 D. rat. rem hab. (46, 8), l. 50 §. 2 D. de pecul. (15, 1), — l. 60 D. de cond. ind. (12, 6) [soluti retentio], — l. 8, 18 pr. D. de comp. (16, 2) [Compensation], — l. 8 §. 3 D. de fidejuss. (46, 1) [Bürgschaft], — l. 35 D. de usur. (22, 1) [Zinsenlauf]. A. M. Wächter a. a. O. H. 3 S. 27 fg. S. aber dagegen Bekker a. a. O. S. 285 fg., Schwanert: Die Naturalobligationen des R. R. §. 21.

51) Vgl. die bei Puchta a. a. O. II. S. 1 Note 1 Citirten, und außerdem besonders Wächter a. a. O. H. 3 S. 38 fg., Savigny: System VI. S. 25, Oblig.-Recht I. S. 182, Krüger a. a. O. §. 26.

folgert dies aus dem Vorkommen von Fällen, in welchen trotzdem, daß Lis contestirt und sogar auf Absolution erkannt worden ist, doch von Neuem soll geklagt werden können. Es wird hierbei an Verordnungen der Kaiser Zeno und Justinian gedacht, welche dem Kläger diese Befugniß für den Fall der Abweisung wegen contumacia[52] und verfrühter Klagestellung (pluris petitio tempore)[53] einräumen. Allein man übersieht dabei, daß die fraglichen Entscheidungen mit der alten Regel, von welcher die Quellen noch überall ausgehen, gar nicht in Widerspruch stehen. Denn in der Contumacia des Klägers und der auf Grund derselben statthaften Bitte des Verklagten um Entbindung von der Instanz (absolutio ab observatione judicii) liegt eine stillschweigende Einigung der Parteien über das Fallenlassen des anhängigen Processes, also ein Verzicht auf die Rechtshängigkeit,[54] welcher möglich ist, weil die L. C. (nach späterem Recht ausnahmslos) nicht ipso jure, sondern ope exceptionis wirkt. Und im Falle der verfrühten Klagestellung ist die Zulassung einer neuen Klage aus der Form des abweisenden Erkenntnisses (Abweisung „zur Zeit") zu erklären, welche einen besonderen richterlichen Vorbehalt ausdrückt.[54a] Aller-

52) L. 13 §. 2, 5 C. de jud. (3, 1) vgl. mit l. 27 §. 1 D. de lib. causa (40, 12), welche Stelle von der später zur Regel gewordenen extraordinaria causae cognitio redet. Vgl. Buchka a. a. O. II. S. 11.

53) §. 10 I. de except. (4, 13), l. 2. pr. C. de plur. petit (3, 10).

54) Die l. 13 §. 2 C. cit. läßt die abs. ab observatione judicii allerdings auch dann eintreten, wenn bei bevorstehendem Ablauf des triennii der Verklagte einseitig den Beweis seiner Freiheit von dem Klagrecht zu erbringen sucht, und ihm dieser Beweis mißlingt. Allein auch hier paßt der im Text aufgestellte Gesichtspunct, da dem Verklagten freisteht, entweder den Proceß in der Schwebe zu lassen, wo dann vom Kläger immer noch dessen Fortsetzung beantragt werden könnte, oder um Absolution von der Instanz zu bitten, was offenbar vortheilhafter für ihn ist. Dadurch widerlegt sich wohl der Einwand Windscheid's a. a. O. S. 66 Note 6.

54a) Daneben pflegt man auch die l. 28 C. de fidejuss. (8, 41) zu den Erscheinungen der angeblich veränderten Rechtsansicht zu zählen; allein Justinian selbst gründet dieselbe einzig und allein auf das practische Bedürfniß, und läßt gerade daraus, daß er diese besondere Anordnung für nothwendig hält, auf die Fortdauer des alten Consumtionsprincips schließen. Vgl. überhaupt Buchka a. a. O. II. S. 1—41, welcher jedoch nach nov. 53 c. 1 und nov. 112 c. 3 die Unzulässigkeit einer neuen Klagestellung aus der mit der L. C. beginnenden positiven Verpflichtung des Klägers zur Fortsetzung der anhängigen Sache ableitet, — wie es scheint mit Unrecht, weil die Erfüllung dieser Verpflichtung mit dem Beginn eines neuen Processes keineswegs unverträglich ist. Die richtige Ansicht vertheidigen neuerdings Bekker S. 11 fg., Wieding a. a. O. S. 394—421, Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. S. 257—259, wogegen Windscheid a. a. O. §. 9 behauptet, die negative Wirkung sei im justinianeischen Recht zwar nicht verschwunden, aber abgestorben, und erst im heutigen Recht vollends aufgegeben.

dings aber findet die exc. litis pendentis nur während des schwebenden Processes, nach dem Urtheil dagegen eine neue, auf das Urtheil gestützte Einrede, die exc. rei judicatae, Statt,[55] und in Betreff der excipiendo vom Verklagten geltend gemachten Ansprüche wird überhaupt nur die exc. rei judicatae verliehen.[56]

2. Indeß hat die L. C. doch nicht bloß jene negative Wirkung, sie gewährt zugleich einen Ersatz für die vernichtete Klage,[57] indem sie dem Verklagten die Verpflichtung auferlegt, sich in dem durch sie eingeleiteten Proceß und vor dem zur Zeit ihrer Vollziehung competenten Gerichte (lis ubi coepta, ibi debet finiri) ordnungsmäßig zu vertheidigen (judicio uti oportet defendere).[58] Hierin liegt, daß der Verklagte, wenn er es an der gehörigen Vertheidigung fehlen läßt, der Strafe der contumacia verfällt, welche in der Zulassung des Klägers zum einseitigen Beweise seines Rechts besteht,[59] und mag sich daher der Verklagte vertheidigen oder nicht, so ist jedenfalls dem Kläger die Möglichkeit gegeben, das Gericht von seinem Rechte zu überzeugen, und ein verurtheilendes Erkenntniß auszuwirken. Gelingt ihm dies, so hat die Vertheidigungspflicht des Verklagten (condemnari oportere) ihre lediglich processualische und transitorische Aufgabe gelöst. Der Kläger erwirbt dann einen neuen, auf Erfüllung des Judicats (judicatum solvi oportere) gerichteten Anspruch,[60] welcher die erloschene Klage zwar ihrem Inhalt nach in sich aufnimmt, sich aber doch der Form nach als von ihr verschieden darstellt, und nicht nur an andere

---

55) Das demnächstige Urtheil kann aber auch eine absolutio in instantia enthalten, und steht dann der erneuerten Klagestellung nicht entgegen. Mit Rücksicht auf diese Möglichkeit könnte es scheinen, als ob die exc. litis pendentis nach justinianeischem Recht nicht mehr den Character einer peremtorischen, sondern den einer dilatorischen Einrede habe, was zur Frage kommt, wenn pendente lite eine neue Klage auf Grund jener Einrede zurückgewiesen worden ist, und nachdem im ersten Proceß die Absolution von der Instanz Statt gehabt hat, dieselbe Klage zum dritten Mal angestellt wird. Daß hier aus der Abweisung der zweiten Klage keine Einrede abgeleitet werden kann, ist unzweifelhaft; es wird dies aber als eine Ausnahme zu bezeichnen sein, ähnlich der in der l. 27 in f. D. de proc. (3, 3) angenommenen, über welche Bekker S. 164 zu vergleichen ist.

56) Cf. l. 15 D. de exc. rei jud. (44, 2) mit l. 8 D. de comp. (16, 2), l. 7 §. 1 D. eod., l. 8 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5), l. 18 §. 4 D. commod. (13, 6), l. 1 §. 4 D. de contr. tut. act. (27, 4) und Bekker S. 130 fg.

57) Gai. III. §. 180, 181.

58) Vgl. Bekker S. 297 fg., Beil. V. B. S. 337 fg. und dazu Wetzell: Der röm. Vindicationspr. §. 26.

59) S. §. 49 unter 2.

60) Auf diesen Zusammenhang weist besonders die Darstellung des Gaius l. c. hin.

Personen gebunden sein kann,[61] sondern auch anderen Grundsätzen in Beziehung auf die Vererblichkeit[62] und einer neuen Verjährung unterliegt.[63]

Man darf aber deshalb nicht glauben, die in judicium deducirte Klage erleide in Folge ihrer processualischen Geltendmachung eine zwiefache Umwandlung,[64] die L. C. setze an die Stelle der Klage den auf gehörige Defension gerichteten Anspruch, die Verurtheilung vernichte diesen wieder, und begründe den Anspruch auf Erfüllung des Judicats. Vielmehr ist die obligatio judicati das unmittelbare Product der L. C. Sie ist allerdings durch die richterliche Anerkennung des Klagrechts bedingt, wird aber mit dem Eintritt dieser Bedingung auf den Zeitpunct der L. C. zurückbezogen.[65] Der mittlere, zwischen der L. C. und dem Urtheil liegende Zustand hat demnach den Character eines bedingten Obligationsverhältnisses; er verpflichtet den Verklagten negativ dahin, den Eintritt der Bedingung nicht zu verhindern, d. h. die Verurtheilung durch sein Verhalten nicht unmöglich zu machen.

Hierin liegt nun auch schon, daß für den Richter bei Untersuchung der Frage, ob und in welchem Umfange dem Kläger das streitige Recht zustehe, kein anderer Zeitpunct maaßgebend sein könne, als der der L. C., welche gerade dadurch die Grundlage des Processes wird, daß sie die Bitte um ein richterliches Urtheil ent-

---

61) Von dem dominium litis, welches durch die L. C. in der Person der processualischen Vertreter nach R. R. überall, und heut zu Tage immer noch in einigen Fällen begründet wird, ist oben in §. 9 die Rede gewesen.

62) §. 1 I. de perp. et temp. act. (4, 12), l. 26, 58 D. de O. et A. (44, 7) [über die l. 33 D. eod. vgl. Savigny V, S. 47 g., VI. S. 19], l. 29 D. de novat. (46, 2), l. 37, 139 pr. D. de R. J. (50, 17), l. un. C. ex del. def. (4, 17).

63) L. 9 §. 3 D. de jurejur. (12, 2), l. 8 §. 1 D. de fidejuss. et nom. (27, 7), l. 29 D. de novat. (46, 2), l. 139 pr. D. de R. J. (50, 17), l. 2 C. ubi in rem a. (3, 19), l. 3, 7 pr. C. de praescr. XXX vel XL ann. (7, 39), l. 1 §. 1, l. 3 C. de ann. exc. (7, 40). Ueber eine in diesen Coderstellen enthaltene Modification vgl. Note 85.

64) Eine solche nimmt Keller: Ueber L. C. und Urtheil §. 8 fg., §. 24 fg., und röm. C. Pr. §. 60, 71 an, während Wächter a. a. O. (Note *) S. 47 fg., Savigny VI. §. 258, besonders Note f und Bekker S. 296 fg. nur eine einmalige Umwandlung anerkennen.

65) Als Product der L. C. erscheint die obligatio judicati in l. 3 §. 11 D. de peculio (15, 1), l. 2 §. 8 D. de hered. vel act. vend. (18, 4), l. 8 §. 3 D. de fidejuss. (46, 1), l. 37 D. de noxal. act. (9, 4). Daß daneben andere Stellen die Entstehung dieser Obligation in den Moment der Condemnation zu setzen scheinen, kann nicht auffallen. Cf. l. 35 D. de noxal. act. (9, 4), l. 9 §. 8 D. de pec. (15, 1), l. 16 §. 6 D. de pign. (20, 1), l. 37 §. 6 D. de oper. lib. (38, 1), l. 4 §. 7 D. de re jud. (42, 1), und dazu Bekker S. 293 fg.

hält. Spätere Veränderungen können an sich nicht berücksichtigt,[66] und namentlich zur Begründung der Klage keine Thatsachen benutzt werden, welche erst nach der L. C. eintreten,[67] außer so weit sie die passive Voraussetzung der Verurtheilung in der Person des Verklagten bilden, wie der Besitz bei den gegen den Besitzer zu richtenden Klagen, die Beendigung des überlassenen Gebrauchs bei der a. commodati, die Größe des Peculs bei der a. de peculio.[68] Ebenso aber sollte man auch umgekehrt erwarten, daß nach der L. C. eintretende Ereignisse die Verurtheilung nicht mehr zu hindern vermöchten, und in der That fehlte es dieser Consequenz unter den römischen Juristen nicht an Vertheidigern. Allein Justinian hat mit Recht der entgegengesetzten Ansicht den Vorzug gegeben.[69] Denn wenn nach der L. C. das streitige Recht untergeht,[70] oder dasjenige Verhältniß zufällig zu bestehen aufhört,

---

66) Gai. IV. 114 [„— quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat"], l. 23 D. de jud. (5, 1) [„Non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium accidisset, ideoque alia interpellatione opus est"].

67) L. 35 D. eod., l. 7 §. 7 D. ad exhib. 10, 4), l. 14 §. 4 D. de aqua et aquae pl. arc. (39, 3), l. 11 §. 4, 5 D. de exc. rei jud. (44, 2) und dazu Savigny VI. S. 67. Die abweichende Bestimmung des c. 3. in VI. de sent. et re jud. (2, 14) findet im heutigen Proceß, welcher nur Klagen mit expressa causa kennt, keine Anwendung.

68) L. 27. §. 1 D. de R. V. (6, 1), l. 4, 16 pr., l. 18 §. 1, l. 41 pr. D. de H. P. (5, 3), l. 7 §. 4—6, l. 8 D. ad exhib. (10, 4), l. 1 §. 21 D. depos. (16, 3), l. 17 D. mand. (17, 1), l. 30 pr. D. de pecul. (15, 1), l. 53 D. sol. matr. (24, 3), l. 5 §. 2 D. de lib. leg. (34, 3), l. 7 §. 15 D. quibus ex caus. (42, 4), l. 35 D. de fidejuss. (46, 1). Vgl. Keller a. a. O. S. 191 fg. Ebenso verhält es sich mit dem benef. condemnationis in id, quod facere potest — l. 63 §. 6 D. pro socio (17, 2), l. 15 pr. D. sol. matr. (24, 3) —.

69) Gai. IV. 114 erwähnt in Beziehung auf die Zahlung eine Controverse der Juristenschulen. Diese waren, wie es scheint, einig darüber, daß die nach der L. C. erfolgte Zahlung bei den actiones arbitrariae und bonae fidei die Absolution bewirke, die Sabinianer nahmen aber dasselbe für die judicia stricti juris an (omnia judicia esse absolutoria), während hier die Proculejaner die Wirksamkeit der Zahlung leugneten. Spuren einer solchen Differenz finden sich aber auch bezüglich des zufälligen Untergangs — l. 40 pr. D. de H. P. (5, 3), l. 14 §. 1 D. depos. (16, 3) — und der Accessionen und Früchte — l. 38 §. 7 D. de usuris (22, 1) —. Mit der vorliegenden Frage beschäftigt sich ausführlich die oben (Note *) angeführte Schrift von Römer.

70) Zahlung: §. 2 I. de perp. et temp. act. (4, 12), l. 5 D. de public. (39, 4), l. 13 pr. D. jud. solvi (46, 7), nicht entgegen l. 57 pr. D. de solut. (46, 3), l. 84 D. de V. O. (45, 1) und dazu Puchta: Cursus der Inst. II. §. 172 Note k. — Acceptilation und Transact: l. 23 §. 3 D. de cond. indeb. (12, 6), l. 13 pr. D. jud. solvi (46, 7). — Zufälliger Untergang: l. 40 pr. D. de H. P. (5, 3), l. 15 §. 3, l. 16 pr. D. de R. V. (6, 1), l. 12 §. 4 D. ad exhib. (10, 4) [„interdum"], l. 14 §. 1 D. depos. (16, 3), l. 8 D. de re jud. (42, 1) [„et fructuum" ist declarativ zu nehmen, gleichbedeutend mit „i. e. fructuum"). — Andere Fälle: l. 7 §. 7 D. ad exhib. (10, 4), l. 14

welches die Richtung der Klage gegen den Verklagten begründet,[71] so muß in gleicher Art wie die Klage, falls dieselbe nicht existirte, auch der der Klage substituirte Anspruch erlöschen, und mit dem Erlöschen dieses Anspruchs wird die Condemnation unmöglich. Nicht minder fordert das partielle Erlöschen eine entsprechende Ermäßigung der Condemnation. Wogegen aber auch, wenn das Klagobject untergeht unter Zurücklassung eines commodum ex re, welches dem Kläger nach Maaßgabe des seiner Klage zu Grunde liegenden Rechts gebührt, die Condemnation eben auf dieses sich richten muß.[72]

Verschieden hiervon ist der Fall, wo der Verklagte an der vom Kläger vindicirten oder mit der a. ad exhibendum in Anspruch genommenen Sache nach der L. C. die Usucapion vollendet. Dieser Eigenthumserwerb ist ein commodum ex re nicht zu nennen, er ist ein zu dem Besitz hinzutretender Vortheil (causa usucapionis), welcher das Besondere hat, daß er des Klägers Eigenthum vernichtet, und deshalb dem Kläger nicht ohne Weiteres auf Grund des Eigenthums zugesprochen werden kann. Offenbar aber ist er nur durch den Aufschub der Verurtheilung möglich geworden, und darf aus diesem Grunde dem Verklagten nicht verbleiben; da das Urtheil vom Zeitpunct der L. C. ausgeht, so muß es den Verklagten schuldig erkennen, das inzwischen von ihm erworbene Eigenthum an den Kläger zurückzuübertragen.[73]

Derselbe Gesichtspunct aber involvirt mitunter auch eine Erweiterung des ursprünglichen Klaganspruchs. Es gibt Klagen, welche auf Früchte und Accessionen überhaupt nicht, oder doch nur im Falle der mora gehen, und eine mora wird durch die L. C.

---

pr. D. de cond. furt. (13, 1), l. 37 §. 6 D. de oper. libert. (38, 1). — Eine Abweichung vom Standpunct des justinianeischen Rechts enthält l. 16 D. de aqua et aquae pl. arc. (39, 3), worüber zu vgl. §. 6 Note 11.

71) Hierbei kommt vorzugsweise der Besitz in Betracht — l. 41 pr. D. de H. P. (5, 3), l. 27 §. 1 D. de R. V. (6, 1), l. 7 §. 5, 6, l. 11 §. 2 D. ad exhib. (10, 4) —, bei den Noxalklagen und ähnlichen aber auch das Eigenthum — l. 14 §. 1 D. de noxal act. (9, 4) [nicht entgegen l. 1 §. 16 D. si quadrupes (9, 1) vgl. Note 72] —, bei der a. de peculio die Größe des Peculs — l. 53 D. sol. matr. (24, 3), l. 5 §. 2 D. de lib. leg. (34, 3) u. s. w. —.

72) L. 16 pr. D. de R. V. (6, 1), l. 5 §. 4 D. si ususfr. pet. (7, 6), l. 1 §. 16 D. si quadrupes (9, 1), l. 8 D. de re jud. (42, 1).

73) L. 18, 20, 21 D. de R. V. (6, 1), l. 26 C. eod. (3, 32), l. 10 C. de praescr. l. t. (7, 33), l. 35 D. de V. S. (50, 16), l. 9 §. 6 D. ad exh. (10, 4), l. 8 §. 4 D. si serv. vind. (8, 5), l. 5 §. 5 D. si ususfr. (7, 6), l. 10 D. de ususfr. accr. (7, 2). — Vgl. Savigny VI. S. 55 fg.

nicht nothwendig, wenngleich gewöhnlich, begründet.[74] Bei solchen Klagen nun fordert wiederum die Zurückbeziehung des Urtheils, daß die vom Verklagten nach der L. C. gewonnenen Vortheile („quod non habiturus esset possessor, si statim possessionem restituisset") in die Verurtheilung aufgenommen werden.[75]

Zu sonstigen Leistungen dagegen, insbesondere zur Zahlung von Zinsen[76] und Preisdifferenzen,[77] zum Ersatz versäumter Früchte (fructus percipiendi) und zur Entschädigung wegen des Untergangs und der Verschlechterung des Klagobjects[78] verpflichtet die

74) Cf. l. 63 D. de R. J. (50, 17), l. 24 pr. D. de usur. (22, 1) [„— utique si juste (d. h. sine dolo malo) ad judicium provocavit"] mit l. 21, 22 D. eod., l. 42 D. de R. J. Nicht entgegen l. 82 §. 1 D. de V. O. (45, 1). Vgl. Savigny VI. S. 81.

75) Daß man auch zu diesem Resultat durch die Zurückbeziehung des Urtheils auf die L. C. gelangte, beweisen l. 91 §. 7 D. de leg. I. (30, 1), l. 2, 38 §. 7 D. de usuris (22, 1), l. 31 pr. D. de reb. cred. (12, 1), l. 20, 35 §. 1 D. de R. V. (6, 1) [„— et quare habeat, quod non habiturus esset possessor, si statim possessionem restituisset?"], l. 5 §. 4 D. si ususfr. pet. (7, 6), l. 9 §. 5—8 D. ad exhib. (10, 4), §. 3 I. de off. jud. (4, 17), l. 35, 75 D. de V. S. (50, 16). — Diese Regel findet namentlich Anwendung bei denjenigen Klagen, welche auf Restitution gerichtet sind, ohne ein festes obligatorisches Verhältniß zu ihrer Voraussetzung zu haben, sodann bei den Condictionen, mit Ausnahme der condictio incerti. Cf. l. 4 D. de usur. (22, 1). Die condictio sine causa (im weiteren Sinne) umfaßt die vor der L. C. gezogenen Früchte als Theil der Bereicherung. Cf. l. 65 pr. §. 5, 7, l. 15 pr. D. de cond. ind. (12, 6), l. 38 §. 1—3 D. de usur. (22, 1).

76) Ueber die s. g. Proceßzinsen vgl. Savigny VI. §. 268—271. Die von diesem Gelehrten für die Zahlung derselben als solcher, also ohne Rücksicht auf die mora vorgetragenen Gründe sind nicht überzeugend. Die l. 1 §. 1 C. de H. P. (3, 31) findet ihre wahre Erklärung in der Auffassung des Erbschaftsbesitzers als negotiorum gestor der Erbschaft — vgl. Wetzell: Der röm. Vindicationsproceß S. 255 fg. —, und wenn die l. 1, 2 C. de usuris (6, 47) die L. C. als den Anfangspunct für die von dem Erben an den Vermächtnißnehmer zu zahlenden Zinsen bezeichnen, so ist es doch wohl im Vergleich mit anderen Stellen, welche diese Verpflichtung auf die mora gründen, am natürlichsten, bei jenen Stellen an den Fall zu denken, wo der Erbe durch die L. C. in Verzug gesetzt worden ist.

77) Bei den actiones stricti juris richtet sich daher die Aestimation, abgesehen von besonderen Gründen (mora, Zahlungstag), nach dem Zeitpunct der L. C., jedoch mit Berücksichtigung späterer Erweiterungen und Verbesserungen, welche als Accessionen in Anschlag kommen, und späterer zufälliger Verschlechterungen des Klagobjects [über l. 3 D. de cond. trit. (13, 3) vgl. Savigny VI. S. 225]; für die b. f. und arbitrariae actiones dagegen entscheidet der Zeitpunct der Condemnation, weil hier das wandelbare Interesse des Klägers den Gegenstand der Klage bildet, und dieses sich erst im Moment der Condemnation fixirt. Cf. l. 3 §. 2 D. commod. (13, 6), l. 37 D. mandati (17, 1), l. 22 D. de reb. cred. (12, 1), l. 4 D. de cond. trit. (13, 3). Die bei Delictsklagen erforderliche Schätzung geht von der Zeit des begangenen Delicts aus — l. 21 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 9 D. de in lit. jur. (12, 3), l. 50 pr. D. de furtis (47, 2) —.

78) Das Gegentheil nehmen bei actiones stricti juris an Buchka a. a. O. I. S. 184 und Römer a. a. O. §. 14, letzterer wenigstens für das justinianeische Recht. S. dagegen Savigny VI. S. 172 fg.

L. C. als solche nicht. Wogegen wenn der Verklagte in einer dieser Beziehungen aus dem vom Kläger verfolgten Rechte schon vor der L. C. oder zufolge der durch diese etwa begründeten Mora[79] verhaftet ist, seine Verpflichtungen sich ohne Unterbrechung und Veränderung in dem judicium fortsetzen und aus der ganzen vorausgegangenen Zeit in dem Urtheil zur Anerkennung gelangen. Daß der mit einer dinglichen Klage Belangte während des Processes rücksichtlich der Hauptsache und der Früchte wie aus einem b. f. negotium für die höchste Sorgfalt einsteht, hat seinen materiellen Grund darin, daß er als Verwalter einer möglicherweise fremden Sache zu betrachten ist, seinen formellen aber bis auf Justinian in der vom Verklagten zu leistenden cautio judicatum solvi und der in dieser enthaltenen clausula de dolo.[80]

Beide Wirkungen der L. C. nun, die negative und die positive, kommen unabhängig von einander zur Geltung, wie sich am Klarsten darin zeigt, daß in Folge mangelhafter Vertheidigung oder unzutreffender richterlicher Beurtheilung möglicher Weise trotz der Existenz des behaupteten Klagrechts die Absolution, oder trotz der Nicht-Existenz desselben die Condemnation erfolgt, dort also die negative Wirkung ohne die positive, hier die positive Wirkung ohne die negative eintritt.[81] Es ist darum unrichtig, der L. C. novirende Kraft zuzuschreiben,[82] unrichtig auch deshalb, weil beide Wirkungen ausfallen, wenn in Ermangelung eines Klagrechts der naturgemäße Verlauf des Processes zur Absolution des Verklagten führt. Allerdings ergibt das Zusammentreffen der negativen und der positiven Wirkung einen Erfolg, welcher dem der Novation ähnlich ist. Gleichwohl besteht selbst in diesem Fall insofern eine Differenz, als die Novation auf Obligationen beschränkt ist, und immer das ganze Recht umwandelt, während die L. C., welche jener Beschränkung nicht unterliegt, nur das Klagrecht ergreift, und das der Klage zu Grunde liegende Recht unberührt läßt. Auf dieses Maaß

---

79) L. 12 §. 3 D. depos. (16, 3) [vgl. mit l. 5 D. de reb. cred. (12, 1)], l. 5 D. de confessis (42, 2), l. 82 §. 1 D. de V. O. (45, 1), l. 15 §. 3 vgl. mit l. 16 pr. D. de R. V. (6, 1), l. 12 §. 4 D. ad exhib. (10, 4). Vgl. Savigny VI. S. 174 fg.

80) Wetzell a. a. O. S. 199 fg.

81) Vgl. Bekker S. 301 fg.

82) Das R. R. gibt zu dieser besonders von Keller a. a. O. (Note 64) ausgeführten Auffassung selbst den Anlaß. Vgl. Gai. III. 180, 181, fr. Vat. §. 263, l. 3 §. 11 D. de pecul. (15, 1), l. 11 §. 1, l. 29 D. de novat. (46, 2). — Vgl. auch l. 11 pr. §. 1 D. de pign. act. (13, 7), l. 2 §. 8 D. de hered. vend. (18, 4), l. 22 D. de adm. tut. (26, 7), l. 31 §. 1 D. de novat.

muß daher die von den Neueren gebrauchte Bezeichnung der L. C. als einer „novatio necessaria“[83] zurückgeführt werden; sie bestimmt zwar in unverfänglicher Weise den Einfluß, welchen die L. C. in Verbindung mit der Condemnation auf ein wirklich bestehendes Klagrecht ausübt,[84] ist aber nicht geeignet, alle Wirkungen der L. C. zusammenzufassen. Denn die L. C. hat es nicht bloß mit wirklichen, sondern eben so wohl mit vermeintlichen Klagrechten zu thun, wie sie denn mit Rücksicht hierauf auch dem Verklagten einen Anspruch auf Entscheidung der Sache gibt. Und wenn sie schon nur wirkliche Klagrechte zu consumiren vermag, so begründet sie doch die exc. litis pendentis überall, befreit also den Verklagten auch da, wo vermeintliche Klagrechte in Frage stehen, von einer nochmaligen sachlichen Vertheidigung.

Dies sind die Wirkungen der L. C. Einer näheren Bestimmung jedoch bedarf noch der Zeitpunct ihres Eintritts. Das spätere R. R. nämlich hat die Unterbrechung der Klagenverjährung[85] und die Unveräußerlichkeit der res litigiosae[86] an die Insinuation der Klage, also an einen der L. C. vorausgehenden Vorgang geknüpft, und es ist daraus wohl gefolgert worden, daß die alte Ansicht von der Bedeutung der L. C. in der späteren Zeit, wenn auch nicht ganz erloschen, so doch abgestorben sei.[87] Allein diese Schlußfolgerung ist voreilig; ohne Zweifel liegt die Annahme näher, daß es darauf abgesehen war, die genannten beiden Wirkungen auch dann eintreten zu lassen, wenn der Verklagte die L. C. durch seine contumacia unmöglich machte.[88] Sollte dies durchführbar sein, so mußte sie mit der ausschließlich vom Kläger

---

83) Diese Bezeichnung stützt sich auf eine Stelle Papinian's, die l. 29 D. de novat. (46, 2): „Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt.“ Vgl. auch fr. Vat. §. 263 [„— inchoatis litibus actiones novavit“], l. 3 pr. C. de usur. rei jud. (7, 54) [„— novatur judicati actione prior contractus“].

84) Vgl. Bekker a. a. O. bes. S. 304.

85) Vgl. die Note 63 citirten Codexstellen.

86) Nov. 112 c. 1.

87) Z. B. neuerdings von Windscheid: Die actio des röm. C. R. S. 67. Vgl. oben Note 54a.

88) Dies geht am klarsten aus l. 2 C. ubi in rem a. (3, 19) hervor, nach welcher im Falle der contumacia des Verklagten die L. C. als geschehen betrachtet werden soll, verb. „— tanquam lite, quae ei ingeritur, ex eo die, quo possessor ad judicem vocatus est, ad interrumpendam longi temporis possessionem contestata —“. Vgl. auch l. 33 D. de O. et A. (44, 7) [„— quasi lite contestata cum mortuo“], und dazu Note 28. Die Neueren führen danach unter den Folgen dieser contumacia die litis contestatio ficta auf.

abhängigen ersten Handlung des Gerichts verbunden werden, welche entweder die Einlassung des Verklagten oder den Ungehorsam desselben zur Folge hatte. Was ohnehin als zweckmäßig erschien, weil dadurch der Kläger gegen die aus der Verzögerung der L. C. entspringenden Nachtheile gesichert wurde. Allerdings aber möchte hiernach anzunehmen sein, daß das R. R. jene Aenderung nicht auf die eine oder andere Wirkung habe beschränken wollen. Denn einestheils darf der Kläger in keiner Rücksicht unter der Contumacia des Verklagten leiden, und anderntheils ist nicht zu verkennen, daß die Insinuation der Klage sachlich dem in der L. C. enthaltenen activen Moment entspricht, indem sie dem Verklagten die erste gerichtliche Kunde von der Streitabsicht des Klägers gibt. Mit vollem Recht hat daher das C. R. dem Verbote der Innovation,[89] und die Praxis allen dem Kläger günstigen Wirkungen der L. C. jenen früheren Anfangspunct gegeben.[90] Dagegen datiren die Vortheile, welche der Verklagte aus der Einleitung des Verfahrens zieht, immer noch von dem Augenblick seiner Einlassung, also der vollzogenen L. C., und insbesondere gilt dies von dem Anspruch auf Fortsetzung des begonnenen Verfahrens. Denn obschon Justinian in nov. 112. c. 3 auch diese Wirkung ausdrücklich an die Insinuation der Klage knüpft, soll doch nach der in der Praxis überwiegenden Ansicht sowohl die Abänderung als das Fallenlassen der angestellten Klage bis zur L. C. gestattet sein, und erst nachher, wenn anders es nicht mit Zustimmung des Verklagten geschieht, den Verlust des Klagrechts nach sich ziehen.[91]

So schließen sich also die Wirkungen der L. C., je nachdem sie dem Kläger oder dem Verklagten günstig sind, theils an die Insinuation der Klage, theils an die Einlassung des Verklagten, oder wie man statt dessen sagen kann, theils an das active, theils an das passive Moment der L. C. an. Jedoch ist für den Eintritt dieser Wirkungen weder die Insinuation noch die Einlassung definitiv entscheidend. Ueberzeugt sich der Richter nachträglich, daß die Klage wegen irgend welcher Mängel eine geeignete Grundlage für die L. C. und den sich aus dieser entwickelnden Rechtsstreit

89) C. 2 Clem. ut lite pend. (2, 5).

90) Vgl. Savigny VI. §. 278, 279. Von selbst versteht sich jedoch, daß diese Vortheile für den Kläger wieder verloren gehen, wenn er vor der Einlassung des Verklagten auf die Instanz verzichtet.

91) Die historischen Belege hierfür liefert Buchka a. a. O. II. §. 18—20.

nicht abzugeben vermöge, so weist er sie „in der Art, wie sie angebracht worden ist" (s. g. absolutio ab instantia), noch immer ganz so zurück, wie wenn Insinuation und Einlassung nicht in der Mitte lägen. Hieran aber knüpft sich eine weitere Bemerkung.[92] Die eben nur im Allgemeinen als möglich bezeichneten Mängel der Klage correspondiren gewissen Erfordernissen, welche theils nach der Natur der Sache und allgemeinen Rechtsgrundsätzen, theils nach positiver Bestimmung für die L. C. und den Rechtsstreit bedingend sind, und einestheils die Substanz der Klage, d. i. die Klagbitte und nach heutigem Recht auch die Klagbegründung, andererseits die Parteien, das Gericht und das Verfahren betreffen.[93] Man kann sie Proceßvoraussetzungen nennen.[94] Die Existenz derselben nachzuweisen, ist zunächst Sache des Klägers, welcher das dazu Dienliche gleich in und mit der Klage beizubringen hat, um dieselbe überhaupt zur Mittheilung geeignet erscheinen zu lassen. Es gelten aber dabei die gleichen Regeln, welche für den Beweis des Klagrechts maaßgebend sind (vgl. §. 16) und deshalb ist die Mitwirkung des Verklagten nicht ganz ausgeschlossen. Der Verklagte kann nicht bloß, wie sich von selbst versteht, die aus dem Klagvertrag ersichtlichen Mängel rügen, er kann auch durch die Geltendmachung von geeigneten Thatsachen (passend Proceßeinreden genannt[95]) verborgene Mängel, z. B. durch die Behauptung des Wahnsinns den Mangel der in der Klage unterstellten, weil nicht besonders zu begründenden Handlungsfähigkeit des Klägers ans Licht ziehen. Das, was diese Vertheidigungen bezwecken, ist die Abweisung der Klage in der angebrachten Art; sie sind mithin gegen die Pflicht der Einlassung gerichtet, und lassen sich nicht

---

92) Vgl. über das Folgende Bülow: Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen, Gießen 1868, und dazu die mäßigende Anzeige von Planck in der Krit. Vierteljahrsschr. XI. S. 161—190. Auf Grund der scharfsinnigen Untersuchungen Bülow's ist die Darstellung der früheren Auflagen darin geändert, daß die Proceßeinreden den exceptiones dilatoriae des R. R. begrifflich entgegengesetzt, und in die naturgemäße Beziehung zu den Proceßvoraussetzungen gebracht worden sind.

93) Im Einzelnen ist von denselben in den betreffenden Materien, und von ihrer Behandlung im heutigen Proceß in §. 70 sub I. die Rede.

94) Dieser Name wird von Bülow a. a. O. S. 6 empfohlen.

95) Einreden (nicht „Exceptionen") verdienen sie benannt zu werden als selbständige Thatsachen, welche im Interesse der Vertheidigung vom Verklagten der Klage gegenüber zu behaupten und wenn geleugnet zu beweisen sind — vgl. §. 17 —, und speciell Proceßeinreden wegen ihrer Beziehung auf die Proceßvoraussetzungen. Vgl. Planck a. a. O. S. 175 fg., welcher die Bezeichnung gegen Bülow a. a. O. S. 300 fg. rechtfertigt.

anders, als der Einlassung vorangehend, oder höchstens eventuell, d. h. unter der Bedingung ihrer Erfolglosigkeit, mit ihr verbunden denken. Hierin gerade unterscheiden sie sich von den sachlichen, das streitige Rechtsverhältniß selbst berührenden Vertheidigungsgründen, welche, mögen sie ipso jure oder ope exceptionis wirken (vgl. §. 17), die Verurtheilung abzuwenden suchen, und die mit der Einlassung des Verklagten sich vollziehende L. C. voraussetzen, wie denn selbst die exceptiones dilatoriae (s. temporales), obschon sie gleich jenen processualischen Vertheidigungen eine die wiederholte Klagestellung nicht ausschließende Abweisung der Klage zur Folge haben, doch gegen die Klage selbst gerichtet sind („actionem differunt"), und eine neue Klagestellung nur dadurch möglich machen, daß sie den Richter veranlassen, einen ihrem sachlichen Inhalt entsprechenden Vorbehalt in die Absolution aufzunehmen.[96] Sehr prägnant treten diese Unterschiede im Formularproceß hervor. Ueber die sachlichen Einreden wird auf Grund der Formel in judicio geurtheilt; die processualischen Vertheidigungen gehören mit den Proceßvoraussetzungen in das Verfahren in jure, und müssen hier ihre Erledigung gefunden haben, bevor die Formel ertheilt und das judicium constituirt wird.[97] Nur einer Abweichung begegnen wir in dieser Beziehung.[98] Zu den Proceßvoraussetzungen nämlich wurde auch die Proceßlegitimation, insbesondere die des Vertreters des Klägers gerechnet. Wollte daher Jemand als Procurator, Vormund oder in ähnlicher Eigenschaft

---

96) Cf. Gai. IV. 122—124, l. 2 §. 4, l. 3 D. de exc. (44, 1), §. 8, 10, 11 I. eod. (4, 13). — Zur Zeit des Formularprocesses knüpfte sich an die exceptiones dilatoriae die Wirkung der definitiven Absolution, weil sie die Consumtion der Klage nicht hinderten, und Justinian hat dies nicht allgemein, sondern nur insofern geändert, als er nach dem Vorgange Zeno's verordnet, daß im Falle der pluris petitio tempore der Kläger so viel länger mit der Klage warten solle, als er vor dem bestimmten Zahlungstage geklagt habe. Obschon diese Bestimmung aber gar nicht auf alle dilatorischen Exceptionen paßt, behalten doch unsere Richter mit Uebergehung jener Strafe die wiederholte Klagestellung überall vor, wo sie auf Grund einer dilatorischen Exception absolviren, und drücken dies dadurch aus, daß sie die Klage „zur Zeit" abweisen.

97) Vgl. hierüber Bülow a. a. O. S. 285.

98) Bülow a. a. O. S. 85—111 weist nach, daß die „praescriptio fori" (auch der Ausdruck „exceptio fori" kommt in zwei ganz späten Constitutionen vor) keine wahre exceptio gewesen ist, und S. 77—85, S. 112—134 andererseits, daß weder die exc. litis dividuae und rei residuae, noch die exc. praejudicii den Character von Proceßeinreden gehabt haben. Wenn er aber S. 29—76 auch die exceptiones procuratoriae schlechthin als sachliche Einreden oder als Sachlegitimationseinreden darzustellen sucht, so ist ihm darin nur mit der im Text gemachten Modification beizustimmen.

für den Kläger auftreten, so mußte er sofort die factische Grundlage des Repräsentationsverhältnisses nachweisen,[99] und vermochte er dies nicht, so wurde er vom Prätor zurückgewiesen, wennschon er sich zur cautio de rato erbot.[100] Nun konnte aber der Verklagte Thatsachen zur Sprache bringen, welche die Rechtsbeständigkeit, die Fortdauer oder Wirksamkeit des Repräsentationsverhältnisses in Frage stellten,[101] und namentlich dem procurator gegenüber Um-

99) Dies leidet, was den Vertreter des Klägers anbelangt, für das spätere Recht nach l. 24 C. de proc. (2, 13) keinen Zweifel — vgl. Bülow a. a. O. S. 75 —, trifft aber nicht minder für den Formularproceß zu, da einestheils, wie sich aus §. 9 Note 8 ergibt, in jure zu prüfen war, ob die vom Procurator beigebrachte Legitimation ausreichend oder durch die cautio de rato zu ergänzen sei, und da anderntheils der Mangel eines bindenden Repräsentationsverhältnisses das Verfahren, wenngleich nicht ungültig, so doch unwirksam machte. Denn wurde dieser Mangel nicht noch durch die nachfolgende Ratihabition geheilt, so war die alte Klage nicht consumirt, der dominus also auch nicht an deren Geltendmachung behindert — cf. l. 27 pr. D. de proc. (3, 3) [„— quae invito te acta sunt, tibi non praejudicant"] —, die vom procurator erstrittene a. judicati aber insofern wirkungslos, als der Verklagte mit der Klage aus der C. de rato das etwa auf Grund des Judicats Gezahlte zurückfordern konnte — l. 25 §. 2, 3 D. ratam rem (46, 8) —. Die cautio de rato hatte somit wesentlich die Aufgabe, die trotz der mangelnden Proceßlegitimation eingetretene positive Wirkung des Verfahrens aufzuheben, und half auf diesem indirecten Wege denselben Effect herbeiführen, welchen der Mangel anderer Proceßvoraussetzungen direct hatte. Von der Legitimation des Vertreters des Verklagten braucht hier nicht besonders die Rede zu sein.

100) Wenn Bülow a. a. O. S. 49—52, 54 annimmt, der Prätor habe gegen Leistung der c. de rato Jedermann als Vertreter des Klägers zugelassen — vgl. auch Salpius: Novation und Delegation S. 374 —, und wahrscheinlich erst später vermittelst der exc. procuratoria eine Prüfung der Legitimation in judicio ermöglicht, so wird die versprochene weitere Ausführung dieser Ansicht abgewartet, vorläufig aber manchen für dieselbe sprechenden Umständen gegenüber [vgl. z. B. Gai. IV. 84, l. 20 C. de neg. gest. (2, 19)] darauf aufmerksam gemacht werden dürfen, daß die fr. Vatic. §. 333 (wahrscheinlich von Papinian) das Erforderniß der cautio de rato auf die Möglichkeit der bereits erfolgten Auflösung, und den Erlaß dieser Caution auf die Gewißheit der Fortdauer des Repräsentationsverhältnisses gründen, daß ferner die exceptio procuratoria nur vom Verklagten zu beweisende Thatsachen und deshalb nicht den Auftrag selbst zur Beurtheilung des judex vorstellen konnte — vgl. Note 101 —, und daß die Quellen in den Fällen des s. g. mandatum praesumtum wiederholt und namentlich auch unter Umständen, unter denen nur an die Cognition des Magistrats gedacht werden kann — cf. l. 12 C. de proc. (2, 13) —, als das besondere Privileg des Vertreters das „mandatum non exigi" bezeichnen.

101) Daß gerade diese Thatsachen die Grundlage der in Note 105 erwähnten Exception wegen mangelnder Vollmacht bildeten, läßt sich zur vollsten Gewißheit erheben, wenn man hinzunimmt, daß die Rücksicht auf dieselben Thatsachen den Prätor veranlassen mußte, von dem Vertreter die cautio de rato zu verlangen. Dem angeblichen Vormund gegenüber ist nach l. 23 D. de adm. et per. tut. (26, 7) die c. de rato (und also auch die Aufnahme jener exceptio in die Formel) erforderlich, „si dubitetur (1.) an tutor sit, (2.) vel an duret tutor, (3.) vel an gestus illi commissus sit", indem sie in dem Fall unter 2. an die Auflösung der Vormundschaft — l. 39 pr. D. eod. —, in dem unter 3. an die Bestellung eines von mehreren Vormündern zum tutor gerens und die darin für die übrigen liegende Entziehung der Administration — l. 4 D.

stände geltend zu machen suchen, welche nach dem Edict geeignet waren, den dominus an der Ertheilung oder den procurator an der Annahme eines Proceßmandats zu verhindern.[102] Ueber derartige Einwendungen entschied der Prätor ohne Weiteres selbst, wenn sie liquide waren;[103] anderen Falls dagegen übertrug er die Entscheidung dem judex, dem er mittelst einer in die Formel eingefügten exc. procuratoria aufgab, des erbrachten Klagbeweises ungeachtet („— licet — injunctas impleat intentiones“[104]) den Verklagten nicht zu condemniren, sofern derselbe seinerseits den Beweis der von ihm eingewandten Thatsachen führen werde.[105] Die exc. procuratoria hatte demnach die Form und Wirkung einer sachlichen Einrede, und war doch keine solche, weil sie, um dies zu sein, der Klage auch unabhängig vom Rechtsstreit, und nicht bloß dem zu der Klage erst in Folge der L. C. in Beziehung getretenen procurator hätte entgegenstehen müssen.[106] Daß sie aber,

---

eod. —, in dem unter 1. aber, wie nach l. 2 C. de eo, qui pro tut. (5, 45) anzunehmen ist, an ein der Gültigkeit der Vormundsbestellung entgegenstehendes Hinderniß („non utiliter nominatus tutor“) denkt. Aehnliches macht sich beim actor universitatis bemerkbar; während die l. 6 §. 3 D. quod cuj. univ. (3, 4) verb. „si de decreto dubitetur“ generell gehalten ist, hebt die l. 6 §. 2 D. eod. speciell die nachfolgende Entziehung des Auftrags hervor. Was aber den procurator anbelangt, so wird, wie in dem fr. Vat. §. 333 das Erforderniß der c. de rato auf die Möglichkeit des Todes und der Revocation des Mandats, ebenso in l. 47, 48 D. de proc. (3, 3), und wenn man im Sinne der l. 31 §. 2 D. eod. eine successive Bevollmächtigung unterstellt, auch in l. 23 D. rat. rem (46, 8) die Exception in speciellen Entscheidungen auf die Revocation und spätere Beschränkung des Mandats gegründet, während in anderen Stellen — l. 62, 78 §. 1 D. de proc., l. 6 D. de O. N. N. (39, 1), l. 39 §. 3 D. de damno inf. (39, 2) — bloß von Fällen die Rede ist, in denen die Einrede keine Statt oder keinen Erfolg hat, und nur nach einer, der l. 20 C. de neg. gest. (2, 19), anzunehmen sein würde, daß es der „exceptio procuratoria“ auch gegen den negotiorum gestor bedürfe, wenn nicht die l. 6 §. 12 D. eod. (3, 5) auf das Gegentheil hinwiese, da das zur genaueren Bestimmung des „conveniendi eos judicio facultatem non habuit“ dienende „nullam actionem intendere potuit“ hier jedenfalls auf die Abweisung in jure, das denegare actionem zu beziehen sein wird. — Diesen Thatsachen gegenüber läßt sich bei der Fassung der Exception „extraquam si mandatum non est“ („si tutor non est“) an ein einfaches, mit der Natur einer exceptio ohnehin unverträgliches Leugnen nicht denken.

102) Vgl. §. 10 Note 9, 11, 12a.

103) Arg. l. 40 §. 4 D. de proc. (3, 3).

104) L. 2 C. de eo, qui pro tut. (5, 45).

105) Die exc. procuratoria wird also wegen mangelnder Vollmacht und wegen mangelnder Fähigkeit verliehen, und wahrscheinlich war diese zweite Form der Anwendung die ältere und allein im Edict vorkommende. Vgl. Bülow a. a. O. S. 30—52.

106) Dies wird am anschaulichsten aus einer Vergleichung des Proceßprocurator mit dem Cessionar des späteren Rechts. Während der Proceßprocurator bis zur L. C. in einem widerruflichen Mandatsverhältniß stand, und erst mit

obschon ihrem Wesen nach eine Proceßeinrede, in das judicium verwiesen wurde, war durch das dominium litis, d. h. dadurch möglich gemacht, daß die Gültigkeit[107] des zwischen dem procurator und dem Verklagten eingeleiteten judicium von der Existenz eines Repräsentationsverhältnisses unabhängig war, während der den Prätor zu dieser Behandlung bestimmende Grund wohl nur in Rücksichten der Zweckmäßigkeit lag.[108] Deshalb hätte denn auch, nachdem seit der Auflösung des Formularprocesses jus und judicium in der Hand des Magistrats zusammenfielen, von den exceptiones procuratoriae nicht länger die Rede sein sollen. Justinian aber thut ihrer nicht nur in einer Reihe von Stellen Erwähnung,[109] sondern führt sie nach dem Vorgange von Gajus IV. 124 auch noch ausdrücklich unter den exceptiones dilatoriae auf,[110] und hat dadurch die ganze spätere Jurisprudenz zu dem bedenklichen Irrthum verleitet, alle auf die Proceßvoraussetzungen bezüglichen Vertheidigungen, sowohl die Rügen und Klagmängel (die s. g. exc. libelli inepti v. obscuri, inepti modi procedendi, deficientis legitimationis ad processum u. s. w.), wie die Proceßeinreden (die s. g. exc. judicis inhabilis v. suspecti, deficientis legitimae personae standi in judicio, deficientis cautionis pro expensis u. s. w.) den dilatorischen Exceptionen beizuzählen.[111] Zunächst war dies freilich ein bloß theoretischer Fehler. Es lag

---

der L. C. in eine feste Beziehung zum Gegner trat, wurde dem Cessionar auf Grund des vom Cedenten ausgesprochenen Uebertragungswillens eine utilis actio gegeben, der auch schon vor der L. C. eine exceptio entgegenstehen konnte. Selbst nach der L. C. aber war nur der procurator in rem suam mit gleicher Wirkung zur Sache legitimirt, wie der Cessionar; nur er durfte mit der eigenen Gegenforderung compensiren — l. 18 D. de comp. (16, 2) — und der Rückübertragung der sachlich ihm eigenen lis widersprechen („— non debet carere propria lite") — l. 25 D. de proc. (3, 3) —, der einfache Proceßprocurator, dem auch die a. judicati nicht verblieb, durfte dies nicht, und wenn daher Bülow a. a. O. S. 58 die exc. procuratoria als eine Sachlegitimationseinrede bezeichnet, so entspricht diese Bezeichnung mehr der Form, als dem Wesen des Verhältnisses.

107) Nicht auch die Wirksamkeit. Vgl. Note 99.

108) So auch Bülow a. a. O. S. 63 Note 61, wenn er sagt, der Grund liege in der cautio de rato, durch welche der Verklagte vorerst gesichert gewesen sei, — was doch wohl heißen soll, daß der Prätor die Prüfung der Legitimation ohne Gefahr für den Verklagten dem judex habe übertragen können, und daß er dies, wie man hinzudenken muß, der Zeitersparniß wegen oder zu irgend einem anderen Zweck früher oder später wirklich auch gethan habe.

109) Vgl. außer den in den Noten 101 und 102 in Bezug genommenen Stellen auch noch l. 57 §. 1 D. de proc. (3, 3), l. 29 §. 4 D. mand. (17, 1).

110) L. 2 §. 4, l. 3 D. de exc. (44, 1), §. 11 I. eod. (4, 13).

111) Vgl. die Nachweisungen bei Pfeiffer in der Zeitschr. für C. R. und Pr. R. F. XII. 6, Bülow a. a. O. S. 19—28.

aber die Folgerung nahe, daß die dilatorischen Exceptionen in diesem weiten Sinne — wir wollen sie zum Unterschiede von den exceptiones dilatoriae des R. R. dilatorische Einreden[112] nennen — nach Art der auf die Proceßvoraussetzungen bezüglichen Vertheidigungen zu behandeln, der L. C. also vorauszuschicken oder doch nur eventuell mit ihr zu verbinden seien, und wirklich ist diese Consequenz vom C. R.[113] und den Reichsgesetzen[114] gezogen worden. Somit schließen heut zu Tage auch die dilatorischen Exceptionen, wenn sie sich begründet erweisen, die L. C. und die Consumtion der Klage aus, und es wäre wohl möglich, daß die in solchem Falle übliche „Abweisung der Klage zur Zeit", eben so wie die „Abweisung der Klage wie angebracht", nur ausdrücken solle, daß es zur L. C. nicht kommen könne. In Wirklichkeit aber verhält sich die Sache doch anders. Da die dilatorischen Exeptionen naturgemäß ihre Stelle hinter der L. C. haben würden,[115] so ist es, wenn sie nunmehr vor der L. C. vorgeschützt werden, mit demselben Recht eine unfreiwillige Anticipation zu nennen, mit welchem das

---

112) Da ein constanter Sprachgebrauch als Einreden nur solche Vertheidigungen bezeichnet, welche auf der Behauptung selbständiger Thatsachen beruhen (vgl. §. 17), so ist die vorgeschlagene Bezeichnung „dilatorische Einreden" nur dann ganz entsprechend, wenn von den im Text erwähnten Rügen abgesehen wird. Diese können vom Verklagten ohne Nachtheil mit Stillschweigen übergangen werden, und haben also gar nicht den Character von eigentlichen Vertheidigungsmitteln; die Mängel, auf welche sie sich beziehen, sind, weil schon aus der Klage ersichtlich, vom Richter ex officio zu berücksichtigen. Nach Ausscheidung der bloßen Rügen aber würden die dilatorischen Einreden außer den exceptiones dilatoriae des R. R. nur die Proceßeinreden (Note 95) in sich schließen.

113) Cf. c. 2 (Gratian.) C. 3 qu. 6, c. 20 X. de sent. et re jud. (2, 27), c. 62 X. de app. (2, 28) mit c. 4 X. de exc. (2, 25).

114) Vgl. K. G. O. von 1496 tit. 13 §. 1, von 1500 tit. 36 §. 1, tit. 38 §. 1, von 1521 tit. 19 §. 5, von 1555 III. 13 §. 1, und über die später vorgeschriebene eventuelle Verbindung R. A. von 1570 §. 89, von 1594 §. 63, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 15 §. 7, 8, J. R. A. §. 37. Abweichend und correcter ist die K. G. O. von 1508 tit. 5 §. 4.

115) Das R. R. behandelt die exceptiones peremtoriae und die exceptiones dilatoriae ganz gleich. Zur Zeit des Formularprocesses mußten beide in jure vorgeschützt und in die Formel aufgenommen werden, sie wurden aber erst in judicio, und zwar wohl immer nur nach gelungenem Klagbeweise, bewiesen, und dasselbe wird für beide noch von den Kaisern Diocletian und Maximinian, nur ohne Erwähnung der Formel, wiederholt. Cf. l. 8, 9 C. de exc. (8, 36), l. 9 C. de praescr. longi temp. (7, 33), l. 2 C. sent. resc. (7, 50), mit l. 19 C. de prob. (4, 19) [„Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod asseverat, oportet"], l. 2 C. de eo, qui pro tut. (5, 45), l. 12 (Julian.) C. de exc. —, und dazu gl. exceptionem dilatoriam] ad l. 19 C. de prob., gl. exceptio] ad c. 2 C. 3 qu. 6, K. G. O. von 1508 tit. 5 §. 4, so wie neuerdings besonders Bülow a. a. O. S. 268—272.

unter Umständen gestattete Vorschützen peremtorischer Einreden vor der L. C. eine freiwillige Anticipation genannt zu werden verdient. Steht nun fest, daß diese freiwillige Anticipation, obwohl auch sie die L. C. ausschließt, zu einer definitiven Absolution des Verklagten führt,[116] so wird in gleicher Weise jene unfreiwillige Anticipation, dem Wesen der dilatorischen Exceptionen entsprechend, eine wirkliche Absolution, jedoch mit Vorbehalt der erneuerten Klagestellung (d. h. zur Zeit) zur Folge haben müssen, eben so als wenn die L. C. bereits erfolgt wäre.[117] Die Abweisung der Klage zur Zeit ist mithin etwas wesentlich Anderes, als die Abweisung der Klage wie sie angebracht worden ist; nur die letztere steht in Beziehung zu den Proceßvoraussetzungen, und enthält den Ausspruch des Richters, daß die Existenzbedingungen des intendirten Rechtsstreits (judicium) nicht vorlägen.[118]

Von den aus der L. C. entspringenden Parteihandlungen (oder von der Vertheilung der Beweislast).*

§. 15.

Durch die L. C. wird der Richter nur aufgefordert, nicht schon in den Stand gesetzt, zu entscheiden, ob der Bitte des Klägers

116) Vgl. hierüber §. 70 Note 77—91.

117) Uebrigens hat im heutigen Proceß die unfreiwillige Anticipation der dilatorischen Exceptionen jede practische Bedeutung verloren, weil seit dem J. R. A. mit den dilatorischen Einreden in eventum nicht nur die L. C. (d. i. die Gegenbitte), sondern auch die Beantwortung der Klagthatsachen und die peremtorischen Einreden zu verbinden, und folgeweise die dilatorischen Einreden gleichzeitig mit den peremtorischen (und nach dem J. R. A. sogar später als die Klagthatsachen) zu beweisen sind. S. darüber §. 71 sub I. 4, 5.

118) So wird die Abweisung der Klage wie angebracht treffend von Bülow a. a. O. S. 8 definirt.

*) Hierher gehören: Tit. Dig. 22, 3. Cod. 4, 19. X. 2, 19. Clem. 2, 7 de probationibus. — Cocceji: Diss. de directa probatione negativae, Viteb. 1698. Joachim: De differentia reprobationis a probatione actionis et exceptionum peremtoriarum, Lips. 1730. Flotho (pr. Senckenberg): Diss. de probationis injunctione in judicio, Gött. 1738. J. J. S. (Schierschmid): Allgemeine Regel, wer von den streitenden Partheyen bei einem Rechtshandel den Beweis zu übernehmen habe, Erl. 1754. Specht: Diss. de insufficientia probandi regulae „affirmanti incumbit probatio", deque alia in ejus locum substituenda, Hal. 1787. Metzger: Diss. de onere probandi et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt, Alt. Noric. 1800. Gönner: Handbuch II. 37 §. 16—18. Schneider: Die Lehre vom rechtlichen Beweise §. 15—50. A. D. Weber: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im C. Pr., Halle 1805, ed. 2da 1832 und ed. 3ia mit Anm. und Zusätzen von Heffter 1845. Petri: Ueber die Beweislast, Gött. 1806. Klötzer: Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast, Jena 1813. Borst: Ueber die Beweislast im C. Pr., Bamb.

durch eine Condemnation oder dem Widerspruch des Verklagten durch eine Absolution zu genügen sei; sein Urtheil ist abhängig von den objectiven Gründen, mit welchen die Parteien ihre beiderseitigen Behauptungen zu unterstützen vermögen. Da aber der Kläger ein positives Einschreiten des Richters fordert, so muß er, um zu siegen, stets auch bereit sein, den Beweis des von ihm behaupteten Rechts zu übernehmen (petitoris onera sustinere), und dies drückt der Satz aus „Necessitas probandi incumbit illi, qui agit.“[1] Der Verklagte dagegen, der nicht angreift, sondern abwehrt, wird schon dann zu absolviren sein, wenn der Klagbeweis mißlingt, weshalb es heißt „Actore non probante reus absolvitur“;[2] er kann daher keine absolute,[3] sondern höchstens eine aus der naturgemäßen Beschränkung des Klagbeweises sich ergebende relative[4] Beweispflicht haben (possessoris commodo fungi).

Das Streitverhältniß selbst nun, in welchem die Parteien stehen, ist etwas Ideales, Unsichtbares, der richterlichen Erkenntniß nur durch Vermittelung derjenigen Thatsachen zugänglich, welche seine reale, wahrnehmbare Grundlage bilden, und in ihrer Beziehung auf einander als die theils positiven, theils negativen[5]

1816, Leipz. 1824. Gensler im Arch. für civil. Pr. I. 21. Kori ebendas. VIII. 3. Herrestorff das. VIII. 6. Bethmann-Hollweg: Versuche Nr. V. Linde in der Zeitschr. für C. R. und Pr. I. 5. Knappe: Versuch einer Entwickelung des Begriffs der Exceptionen mit Rücksicht auf die Beweislast, München 1835. J. A. M. Albrecht: Die Exceptionen des gemeinen teutschen C. Pr., München 1835. Rizy: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im C. Pr., Wien 1841. Pape in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XVI. 6. Helmolt: Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast, Gießen 1852. Wirth: Ueber die Beweislast bei angestellter Negatorienklage, Erl. 1853. Reuter in der Zeitschr. für C. R. und Pr., N. F. XII. 15. Reinhold ebendas. XIII. 1, 6. H. Gerber: Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast, Jena 1858. Langenbeck: Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 2. Abth. (das Beweisurtheil und dessen einzelne Bestandtheile behandelnd), Leipz. 1860. Maxen: Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen, Gött. 1861.

1) L. 21 D. h. t., l. un. C. de prob. sequ. (4, 4), l. 62 D. de jud. (5, 1), l. 8 §. 3 D. si serv. vind. (8, 5), l. 14 D. h. t., l. 14 D. de Carb. ed. (37, 10), l. 15 i. f. D. de O. N. N. (39, 1), l. 7 §. 5 D. de lib. causa (40, 12).

2) L. 21 D. h. t., l. 4 i. f. C. de edendo (2, 1), l. 2 C. h. t., l. 9 in. C. de exc. (8, 36), l. 28 C. de R. V. (3, 32).

3) L. 8 C. h. t. [„Frustra veremini, ne ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigatur“], l. 23 C. eod.

4) L. 12 D. h. t. [„—interdum probationes quaedam et a reo exiguntur“], l. 9 C. de except. (8, 36).

5) In dem Sinne, in welchem nach Gai. IV. 119 die exceptiones in contrarium concipirt wurden.

Bedingungen der vom Kläger erbetenen Condemnation zu betrachten sind. Ein Beweis wird daher erst möglich, nachdem an die Stelle der das streitige Recht betreffenden Erklärungen, welche den Inhalt der L. C. ausmachen, die factischen Verhältnisse gesetzt worden sind, aus denen sich unter Voraussetzung ihrer Wahrheit der Sieg der einen oder anderen Partei ergeben muß. Hiermit aber steht es so.

1. Die Existenz eines Rechts tritt in die Sinnenwelt nur durch die Thatsachen seiner Entstehung hervor, und wenn daher der Kläger seine Klagbitte begründen will, so hat er Thatsachen vorzutragen, welche an sich geeignet sind, das von ihm behauptete Recht als in seiner Person entstanden und zugleich als durch den Verklagten verletzt erscheinen zu lassen. Dies sind die Klagthatsachen.[6]

2. Der Schluß vom Entstehungsgrund auf die Existenz des Klaganspruchs aber ist kein nothwendiger. Es lassen sich Thatsachen denken, welche diesen Schluß elidiren, sei es, daß sie den Klaganspruch als nicht zur Existenz gelangt oder wieder erloschen, sei es, daß sie ihn als unwirksam darstellen, und vermag sich der Verklagte auf solche Thatsachen zu berufen, so kann er sie, um seine Gegenbitte aufrecht zu erhalten, als Gegenstand eines von ihm zu übernehmenden Beweises bezeichnen.[7] Die Behauptung einer dieser zur Elision der Klagbitte geeigneten Thatsachen bildet in demselben Sinne einen Gegenangriff des Verklagten, in welchem in der Behauptung der Klagthatsachen ein Angriff des Klägers liegt, und man bezeichnet nun jeden Gegenangriff dieser Art passend mit dem Ausdruck „Einrede."

3. Indessen sind auch die Einreden nur in denjenigen factischen Momenten darzulegen, welche an sich und abgesehen von besonderen Umständen dem obwaltenden Zwecke genügen, und es ist daher nicht unmöglich, daß ihre Action gegen die Klage wiederum

---

6) L. 23 D. h. t., l. 1, 12 C. eod., nov. 90 c. 6 und dazu besonders Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 346 fg.

7) L. 25 §. 2 D. h. t. [„secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones affirmant, vel solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit"]. — L. 1 D. de except. (44, 1) [„reus in exceptione actor est"], l. 9, 18 §. 1, l. 19 pr. §. 1, 4 D. h. t., l. 2 §. 1 D. de exc. doli (44, 4), l. 9 C. de exc. (8, 36). — L. 12 D. h. t. [„Nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam, ipse hoc probare debet"], l. 19 §. 3, l. 22 D. eod., l. 22 D. de leg. II (31, 1), l. 11 §. 12 D. de leg. III. (32, 1), l. 1, 16 C. h. t.

vom Kläger durch einen solche besondere Umstände vorschützenden Gegenangriff erfolglos gemacht wird[8], der dann **Replik** heißt. Wie ein Gleiches sich nochmals

4. den Repliken gegenüber von Seiten des Verklagten in den **Dupliken**, und den Dupliken gegenüber von Seiten des Klägers in den **Tripliken** u. s. w. wiederholen kann.

So entwickelt sich aus der L. C. eine Reihe von Angriffen und Gegenangriffen, welche für diejenige Partei, von der sie ausgehen, den Gegenstand des Beweises bestimmen sollen und deshalb sämmtlich in der **Behauptung von Thatsachen** bestehen. Zwar können den Einreden möglicher Weise auch wieder Rechte zu Grunde liegen; dann aber sind diesen gleichfalls die Thatsachen ihrer **Entstehung** zu substituiren. Wogegen **factische Zustände**, welche in irgend einer Weise den Sieg des Klägers oder des Verklagten bedingen, z. B. der Besitz, die Abwesenheit, nicht schon deshalb als bestehend gelten, weil sie entstanden sind, sondern aus den zur zutreffenden Zeit vorhandenen Merkmalen ihrer Existenz nachgewiesen werden müssen.[9]

Da aber aller Beweis durch Wahrnehmungen vermittelt wird, so sind nicht wahrnehmbare Thatsachen, wenn sie die Grundlage eines Angriffs oder Gegenangriffs bilden, durch andere wahrnehmbare, und zwar durch solche Thatsachen zu ersetzen, aus welchen sich auf sie nach dem zwischen Ursache und Wirkung, zwischen Grund und Erscheinung **regelmäßig** bestehenden Verhältniß, wennschon nicht mit völliger, so doch mit annähernder Sicherheit schließen läßt. Dies gilt zunächst und vorzugsweise von den idealen Thatsachen. Die Einigung des Willens wird aus einer übereinstimmenden Erklärung gefolgert werden können, das Vorhandensein eines Entschlusses aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden (d. h. durch concludente Handlungen[9a] bewirkten) Aeußerung desselben, das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts aus der Anwendung der seinem Wesen entsprechenden Formen,[10] ein Irrthum

8) L. 3, 7, 10 C. de except. (8, 36), c. 5 X. de renunc. (1, 9).

9) Vgl. **Savigny**: Das Recht des Besitzes S. 463 (7. ed. von Rudorff S. 389).

9a) S. Note 12a.

10) Vgl. **Bethmann-Hollweg** a. a. O. S. 353, 358, **Savigny**: System V. S. 155 (vgl. mit III. §. 134—138). Das R. R. enthält für jene Schlußfolgerungen nur geringe Anhaltspuncte; vgl. z. B. l. 5 C. de codic. (6, 36), l. 30 D. de V. O. (45, 1), l. 11 C. h. t., l. 12 D. eod. [mit l. 34 §. 3 D. de leg. I (30, 1)], l. 22 D. de leg. II (31, 1), l. 11 §. 12 de leg. III (32, 1) [mit l. 22 D. h. t.].

im Motiv aus solchen Umständen, welche jeden verständigen Mann zu gleichem Irrthum verleiten konnten.[11] Es kommen aber ferner gewisse Thatsachen in Betracht, welche sich der Wahrnehmung entziehen, obwohl sie der Sinnenwelt angehören (z. B. die Zeugung, der Tod eines Verschollenen, der frühere Tod eines von zwei in der gleichen Lebensgefahr Umgekommenen[12]), so wie eine Reihe von Willensacten, Beziehungen und Rechtsverhältnissen, welche nur darin übereinstimmen, daß sie nach ihrer besonderen Eigenthümlichkeit eine Erleichterung des Beweises durch die Substituirung feststehender oder leichtbeweislicher Thatsachen gestatten oder wünschenswerth erscheinen lassen.[12a] Die hier zu substituirenden Thatsachen zu bestimmen, sind jedoch die wissenschaftlichen Mittel nicht immer ausreichend gewesen, zum Theil haben darüber, und zwar mit mehr oder weniger Willkühr, Gesetz und Praxis entschieden. Und überall da nun, wo nach diesen Gesichtspuncten von der einen Thatsache auf eine andere ohne absolute (logische) Nothwendigkeit geschlossen werden darf, redet man von Präsumtionen (s. g. praesumtiones juris).[13]

Alle Präsumtionen können, abstract genommen, durch gegentheilige Thatsachen widerlegt werden, und darin zeigt sich, daß sie für denjenigen, welchem sie zur Seite stehen, eine Erleichterung gewähren, den Gegner aber mit einem Beweise belasten, der ihn an sich nicht getroffen haben würde.[14] Wenn sich daher eine Partei

11) S. z. B. l. 11 D. pro emt. (41, 4), l. 5 §. 1 D. pro suo (41, 10).

12) Cf. l. 5 D. de in jus voc. (2, 4), l. 12 D. de statu hom. (1, 5) [vgl. mit l. 6 D. de his, qui sui (1, 6)], l. 9 §. 1, 2, 4, l. 22, 23 D. de reb. dub. (34, 5), l. 26 pr. D. de pact. dotal. (23, 4).

12a) Vgl. z. B. l. 35 pr., l. 40 §. 4 D. de proc. (3, 3) [s. §. 9 Note 37), l. 25 pr. D. de prob. (22, 3), l. 57 D. de jure dot. (23, 3), l. 51 D. de donat. int. V. et Ux. (24, 1), l. 33 §. 2 D. de leg. III (32, 1), l. 28 §. 3 D. de lib. leg. (34, 3), l. 3 §. 13 D. de Carb. ed. (37, 10) und dazu l. 3 §. 3 D. ne vis fiat ei, qui in poss. (43, 4), l. 24 §. 8 D. de fideicomm. libert. (40, 5). — Die s. g. concludenten Handlungen dagegen (s. den Text zu Note 9) kommen nur als stillschweigende Willenserklärungen in Betracht, und lassen den Beweis des mangelnden Willens in keinem anderen Sinne wie die ausdrücklichen Willenserklärungen zu. Vgl. z. B. l. 15 C. de solut. (8, 43) mit l. 2 §. 1 D. de pact. (2, 14).

13) Tit. Dig. 22, 3 de probationibus et praesumtionibus. X. 2, 23 de praesumtionibus. Das R. R. redet von Präsumtionen nur im obigen Sinne. In dem angeführten Titel der Decretalen aber kommen Fälle vor, in denen durch die eine Thatsache nur eine Vermuthung für die andere begründet wird, so daß eine Ergänzung durch sonstige Beweismittel nothwendig ist, und hier reden die Neueren von praesumtiones facti s. hominis. S. §. 21 Note 5, 7.

14) Dasselbe Verhältniß findet Statt zwischen der Klagbegründung und den Einreden, zwischen den Einreden und Replikeu u. s. w. Hat der Kläger die Entstehung des von ihm behaupteten Rechts bewiesen, so braucht er nicht

auf eine Thatsache beruft, welche eine ihr nachtheilige Präsumtion begründet, so muß sie dieselbe sofort durch die Behauptung entgegenstehender Thatsachen zu elidiren suchen. So ist regelmäßig aus der Zahlung auf das Vorhandensein eines Schuldgrundes zu schließen, und deshalb zur Begründung der condictio indebiti die Nachweisung erforderlich, daß das Gezahlte nicht geschuldet wurde.[15] Ebenso wird, wenn eine Partei durch Occupation eine Sache erworben haben will, welche ihrer Art nach im Eigenthum zu stehen pflegt, die hieraus zu folgernde Annahme, daß sie zur Zeit der Occupation wirklich in Eigenthum gestanden habe, durch den Nachweis der Herrnlosigkeit zu widerlegen sein. In Fällen dieser Art bildet also eine Negative den Gegenstand des Beweises.

Ein Gleiches aber tritt ein, wo durch Gesetz oder Privatdisposition von einer negativen Thatsache ein Rechtseffect abhängig gemacht worden ist. Man denke an den non usus, die negative Bedingung,[16] oder an die in der Erwartung des Nicht-Eintritts einer bestimmten Thatsache geschehene Vermögenszuwendung, welche den Erwerber, wenn er mit der condictio causa data causa non secuta belangt wird, zu dem Beweise nöthigt, daß die Erwartung in Erfüllung gegangen, d. h. daß die fragliche Thatsache nicht eingetreten sei.[17] Eine Präsumtion für die Wahrheit der

---

auch die Fortdauer darzuthun, wogegen der Verklagte den Beweis des Untergangs übernehmen kann. Man redet daher wohl von einer Präsumtion der Fortdauer entstandener Rechte, und manche Juristen haben sogar die ganze Theorie der Beweislast auf Präsumtionen gründen wollen. Daß dies unthunlich sei, hat Weber a. a. O. V. §. 8 fg. und VI. §. 3 zu Note 9 nachgewiesen. Dennoch ist neuerdings in etwas verändertem Ausdrucke auf denselben Gedanken Bar: Recht und Beweis im C. Pr. S. 21 fg. zurückgekommen, indem er der Präsumtion die „aus den Umständen des einzelnen Falls resultirende Wahrscheinlichkeit" substituirt.

15) L. 25 pr. D. h. t. (22, 3).

16) L. 10 D. de V. O. (45, 1). Ein anderes Beispiel gibt l. 18 §. 2 h. t. (22, 3).

17) Bei Beurtheilung dieses Falles ist von der Annahme ausgegangen, daß zur Begründung der condictio c. d. c. n. s. nur der Beweis der datio ob rem, nicht auch der der causa non secuta gehöre, daß vielmehr der Verklagte die causa secuta zu beweisen habe, — einer Annahme, welche in neuerer Zeit gegen Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 341, Erxleben: Die Rückforderung erfolgloser Leistungen S. 499 fg., Schlesinger: Zur Lehre von den Formalcontracten S. 209 fg., und Witte: Die Bereicherungsklagen des gem. Rechts S. 169 fg., S. 190 fg. besonders von Windscheid: Die Lehre des R. R. von der Voraussetzung S. 189 fg., Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 63 fg., Gerber a. a. O. S. 125 fg. und Maxen a. a. O. S. 254 fg. vertreten worden ist. Sie beruht darauf, daß das aus dem dare ob rem (ob futuram causam) entspringende Haben, weil ohne objective causa, an sich

Negativen gibt es nicht, wie schon daraus zu entnehmen ist, daß die meisten negativen Behauptungen sich auch positiv ausdrücken lassen.[18] Negative und positive Thatsachen stehen sich vielmehr vollkommen gleich; unter Voraussetzung ihrer Relevanz sind die einen wie die anderen zu beweisen, und zwar vom Kläger, wenn sie für das Klagrecht, vom Verklagten, wenn sie für die Nicht-Existenz des Klagrechts die causa efficiens (und nicht bloß die conditio sine qua non) bilden.[19] Ueber die Beweislast entscheidet mithin das Verhältniß der einschlagenden Thatsachen zu dem Ziele des Processes, nicht die Art ihrer Bezeichnung.

Obschon aber in der Behauptung einer Thatsache das Erbieten zu deren Beweise liegt, so sind doch nicht alle behaupteten, sondern nur die streitigen Thatsachen zu beweisen,[20] und als streitig nur diejenigen zu betrachten, welche von der einen Seite behauptet und von der anderen nicht als wahr anerkannt worden sind.[21] Zwei Puncte bilden demnach die Vermittelung zwischen L. C. und

---

schon die Verpflichtung zur Rückgabe begründet, daß diese Verpflichtung also nicht erst in Folge des Nicht-Eintritts der causa entsteht, sondern umgekehrt durch deren Eintritt aufgehoben wird, und nur unter Umständen wegen der Möglichkeit eines nachfolgenden Eintritts der causa nicht sofort geltend gemacht werden kann. Cf. l. 7 D. praescr. verb. (19, 5), l. 3 C. de n. n. pec. (4, 30), l. 3 §. 3 D. de cond. c. d. (12, 4).

18) Daß die Negative nicht bewiesen zu werden brauche, nahmen früherhin viele Juristen an, und in neuerer Zeit wieder Klötzer a. a. O. und Kori a. a. O., mit Berufung auf den Satz „Probare debet, qui dicit, non qui negat", welchen sie damit zur Grundlage der Beweistheorie machten. Wesentlich auf demselben Gedanken beruht auch die von Schneider a. a. O. §. 4 aufgestellte und demnächst von Rizy a. a. O. tiefer begründete Ansicht, daß die positive Behauptung die größere Zahl von Möglichkeiten gegen sich, und folglich eine geringere Wahrscheinlichkeit für sich habe, als die ihr contradictorisch entgegenstehende negative, und daß deshalb jene, nicht diese bewiesen werden müsse. S. aber überhaupt Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 327 fg., und gegen die zuletzt angeführte Ansicht insbesondere Heffter in den Zusätzen zu Weber: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 224 fg., Langenbeck a. a. O. S. 259 fg.

19) Dieser Ausdruck möchte am treffendsten das heut zu Tage ziemlich allgemein anerkannte Princip wiedergeben. Er paßt auch auf Repliken und Dupliken, wie denn namentlich die Repliken mittelbar als causa des Klagrechts um deswillen zu betrachten sind, weil sie dasselbe der elidirenden Kraft der Einreden gegenüber aufrecht erhalten.

20) Pauli R. S. V. 5 A. §. 3, l. 5 D. de conf. (42, 2), J. R. A. §. 50 [„— soll ad probandum nichts zugelassen werden, worüber die Partheien in facto nicht discrepiren oder streitig sind"].

21) Auf Behaupten und Leugnen bezieht sich die Regel: „Probare debet qui dicit, non qui negat." Cf. l. 2 D. h. t., l. 23 C. eod., l. 10 C. de n. n. pec. (4, 30), c. 2 C. 6 qu. 5, c. 11, 12 X. h. t., c. 23 X. de elect. (1, 6), c. 5 X. de renunc. (1, 9), c. 3 X. de causa poss. et propr. (2, 12), c. 1 in VI. de conf. (2, 9).

Urtheil: die Erörterung der Frage, welche von den das Urtheil bedingenden Thatsachen unter den Parteien bestritten seien, und der Beweis der bestrittenen.

Die Klagthatsachen.*

§. 16.

Der Beweis des in der Klagbitte erhobenen Anspruchs erfordert vor Weiterem den Vortrag der Thatsachen, welche denselben erzeugt haben sollen, und sind die dieserhalb vorgetragenen Thatsachen ihrer juristischen Bedeutung nach geeignet, ihn so, wie er behauptet worden ist, in Betreff der Hauptsache und der Accessionen, und namentlich in seiner Richtung gegen den Verklagten, als entstanden erscheinen zu lassen, — und nur solche Thatsachen werden vorliegend Klagthatsachen genannt —, so ist die Klage (Klagbitte) factisch begründet. Die Klagthatsachen bilden demnach in ihrer Zusammengehörigkeit den Klaggrund.[1]

Da sich nun aber nicht alle Klagspecies auf einen einzigen Entstehungsgrund beschränken, und ohnehin dem einzelnen Klaganspruch überall individuell bestimmte Thatsachen zu Grunde liegen, so läßt sich die Frage, welche Thatsachen zur Begründung der gerade erhobenen Klage erforderlich seien, eigentlich nicht aufwerfen. Vielmehr hat der Kläger, bevor er den Proceß beginnt, sich darüber klar zu werden, ob ihm unter den gegebenen Verhältnissen eine Klage zustehe, und welche, und hat er danach seinen Entschluß gefaßt, und eine gestimmte Klage angestellt, so kann es sich nur um die nachfolgende Prüfung der Frage handeln, ob die vom Kläger behaupteten Thatsachen zur Begründung der angestellten Klage auch ausreichend seien. Dabei kommen im Allgemeinen die im vorigen §. aufgestellten Gesichtspuncte in Betracht; im Einzelnen aber sind die civilrechtlichen Grundsätze von den Rechtserwerben und von der Verletzung der Rechte maaßgebend. Denn immer müssen zwei Momente zusammentreffen, damit eine

---

*) S. §. 15 *).

1) Die Neueren pflegen das der Klage zu Grunde liegende Recht causa agendi proxima, und die Klagthatsachen causa agendi remota zu nennen, jedoch herrscht keine volle Uebereinstimmung im Gebrauche dieser Ausdrücke. Vgl. Brackenhoeft: Erörterungen S. 407 fg. Quellenmäßig ist aber nur der in l. 27 D. de exc. rei jud. (44, 2) vorkommende Ausdruck „causa proxima actionis“, auf dessen Bedeutung in §. 47 näher einzugehen sein wird.

Klage als entstanden betrachtet werden könne, es muß ein Recht erworben, und das erworbene Recht muß verletzt worden sein.

Man pflegt danach den activen und den passiven Klaggrund zu unterscheiden. Unter dem activen Klaggrund werden die Thatsachen verstanden, welche das streitige Recht an sich und damit zugleich dessen unmittelbare oder mittelbare Beziehung auf die Person des Klägers begründen, während die Richtung der Klage gegen den Verklagten nicht immer schon durch das ihr zu Grunde liegende Recht, sondern häufig erst durch dessen Verletzung bestimmt wird, welche darum die Bezeichnung des passiven Klaggrundes verdient. Das R. R. stellt in dieser Beziehung die actiones in personam und die actiones in rem einander gegenüber. Jene entspringen aus Obligationen und können nur gegen den Schuldner angestellt werden; diese dienen zur Geltendmachung der übrigen, d. h. aller Rechte, welche nicht von sich aus erkennen lassen, gegen wen sie geltend zu machen sind.[2] Danach versteht sich von selbst, daß den dinglichen Klagen zu ihrer passiven Begründung eine Rechtsverletzung unentbehrlich ist. In der That aber gilt ein Gleiches von den persönlichen Klagen, da die Obligationen keineswegs, wie Manche[3] annehmen, Klagen erzeugen, ohne verletzt zu sein, sondern nur von keinem Anderen als vom Schuldner verletzt werden können. Ihre Verletzung aber besteht der Regel nach in dem Vorenthalten der geschuldeten Leistung, mithin in einer negativen Thatsache, welche, obschon nicht als solche, so doch um deswillen keines besonderen Beweises bedarf, weil sie mit der bis zum Beweise der Zahlung oder eines anderen Aufhebungsgrundes anzunehmenden Fortexistenz der streitigen Forderung zusammenfällt. Eine Analogie dafür bietet die Klage aus dem negativ bedingten Versprechen einer Conventionalstrafe. Das R. R. macht diese Klage nicht von dem Beweise abhängig, daß die Bedingung eingetreten, d. h. die principale Leistung unterblieben sei, sondern sieht das fragliche Versprechen der Sache nach so an, als sei die principale Leistung in solutione, die Strafe aber pure geschuldet („quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut pecunia petatur"), und folgert daraus, daß es Sache des Ver-

---

2) Ueber die Bedeutung dieser Eintheilung der Klagen vgl. Gai. IV. 1—3, §. 1 I. de act. (4, 6), l. 25 pr. D. de O. et A. (44, 7) und dazu Savigny: System V. §. 206—209.

3) So z. B. Unger: System des österreichischen allgemeinen Pr. R. §. 116, Maxen a. a. O. (§. 15 Note *) S. 6 fg.

klagten sei, die Vornahme der principalen Leistung zu beweisen.[4] Wie denn nicht minder der Verkäufer, wenn er von der lex commissoria Gebrauch macht, und die a. venditi oder die R. V. anstellt, vom Käufer den Beweis der Zahlung oder rechtzeitigen Oblation des Kaufgeldes erwarten darf,[5] indem hier gleichfalls die einmal entstandene Verpflichtung als fortdauernd, d. h. als nicht erfüllt angesehen wird.[6] Indeß gibt es allerdings Umstände, unter denen die Verletzung des streitigen Forderungsrechts einen selbständigen Beweis nothwendig macht. So vor Allem, wenn aus einer obligatio non faciendi geklagt worden ist. Auch eine solche Obligation wird zwar, wenn einmal entstanden, als fortdauernd angenommen; da aber ihrer besonderen Beschaffenheit nach sich aus der Fortdauer allein nicht folgern läßt, daß sie unerfüllt geblieben sei, so muß der Kläger das positive obligationswidrige Verhalten des Verklagten beweisen.[7] Sodann aber bedarf es eines Beweises der Rechtsverletzung auch in den nicht seltenen Fällen, in welchen dieselbe den Grund für die Erweiterung des ursprünglichen Schuldobjects oder für die Perpetuirung der Obligation abgibt. Nimmt der Kläger z. B. Verzugszinsen in Anspruch, so hat er die Thatsachen darzulegen, durch welche der Verklagte in Verzug gesetzt sein soll.[8] Oder fordert er aus einem Vertrage, aus welchem von Seiten des Verklagten bloß für dolus und culpa lata eingestanden wird, anstatt des untergegangenen Schuldobjects

---

4) L. 115 §. 2 D. de V. O. (45, 1), l. 44 §. 5, 6 D. de O. et A. (44, 7) vgl. mit l. 1 §. 8 D. ad leg. Falc. (35, 2), l. 24 D. quando dies (36, 2) und dazu Gerber a. a. O. (§. 15 Note *) S. 81 fg., Mayen a. a. O. S. 221 fg. Eine indirecte Beziehung auf das vorstehende Verhältniß haben auch l. 41, 42 D. pro socio (17, 2), l. 28 D. de A. E. V. (19, 1), l. 4 §. 7 D. de doli mali exc. (44, 4).

5) L. 4 §. 4, und besonders l. 8 D. de lege comm. (18, 3). A. M. ist Bethmann-Hollweg a. a. O. (§. 15 Note *) S. 342, der vom Verkäufer den Beweis der unterbliebenen Zahlung als der negativen Bedingung fordert, an welche das vertragsmäßige Revocationsrecht geknüpft sei — doch wohl nur durch den Eifer der Polemik gegen die falsche Theorie verleitet, welche für die Negativen keinen Beweis fordert.

6) Dieser Gesichtspunct ist auch maaßgebend für die Begründung der Privationsklage. Uebrigens stimmen, wennschon aus unhaltbaren Gründen, mit dem eben gezogenen Resultat Gerber a. a. O. S. 112 fg. und Mayen a. a. O. S. 242 fg. überein.

7) So im Wesentlichen auch Unger a. a. O. (Note 3) §. 129 Note 29, wogegen Mayen a. a. O. S. 195 fg. auch hier die zu Note 3 erwähnte Ansicht festhält, und nicht vom Kläger den Beweis der Verletzung, sondern vom Verklagten den Beweis der Erfüllung, d. h. des non facere fordert.

8) Nicht auch die Nicht-Erfüllung. Cf. l. 32 pr. §. 1 D. de usuris (22, 1), und dazu Gerber a. a. O. S. 67.

Entschädigung, so muß er den dolus oder die culpa lata beweisen.[9] Wogegen er sich nur auf den abgeschlossenen Vertrag zu berufen, und höchstens die nach allgemeinen Gesichtspuncten sich aus demselben ergebenden Ansprüche (z. B. auf einen gewissen Zins- oder Fruchtertrag im Fall einer Vermögensverwaltung) zu deduciren braucht, wenn der Verklagte für omnem diligentiam haftet, indem diesem alsdann obliegt, sich einredeweise darauf zu berufen, daß er die erforderliche Sorgfalt prästirt,[10] oder in den bekannten Ausnahmsfällen, sofern er eine culpa levis in abstracto nicht sollte leugnen können, daß er es in des Klägers Angelegenheiten nicht schlechter gemacht habe, als er es in den eigenen zu machen pflege.[11] Anders jedoch verhält sich die Sache trotz dieser umfassenden Haftung des Verklagten wieder in dem Falle, wo der Kläger auf Grund eines beim Vertragsschluß vorhandenen dolus (causam dans) sein Interesse einklagt; hier trifft den Kläger der Beweis des dolus, weil die Contractsklage zur Vertretung der a. de dolo dient, und ihre Grundlage in einem Betruge, dolus in diesem speciellen Sinne, hat.

Immerhin aber ist der active Klaggrund von größerer Bedeutung und Mannichfaltigkeit. In Beziehung auf ihn macht sich zunächst auch wieder ein Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen geltend. Wer eine Sache von dem wahren Eigenthümer ex justa causa tradirt erhalten, und danach die Usucapionszeit hindurch besessen hat, kann sein Eigenthum auf die Tradition und auf die Usucapion gründen. Eben so steht dem Vermiether eines praedium urbanum, wenn ihm die invecta et illata für den Miethzins noch besonders verpfändet worden sind,

---

9) Arg. l. 22 D. de exc. rei jud. (44, 2). Auch ist hierher zu ziehen l. 18 §. 1 D. de prob. (22, 3): „Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet." Vgl. Hasse: Die culpa des R. R. §. 57. Im Irrthum befindet sich Maxen a. a. O. S. 179 fg., wenn er ganz allgemein, also auch bei den hier in Frage stehenden Obligationen, dem Verklagten den Beweis zumuthet, daß der Untergang des Schuldobjects nicht durch ein von ihm zu prästirendes Verschulden herbeigeführt worden sei.

10) Die Prästation der diligentia hat die Natur der Zahlung, und ist deshalb vom Verklagten zu beweisen; der Beweis derselben kann aber ersetzt werden durch den Beweis einer vis major. Cf. l. 11 D. de prob. (22, 3), l. 1 §. 13 D. de mag. conv. (27, 8), — l. 9 §. 4 D. loc. (19, 2), — l. 5 C. de pign. act. (4, 24).

11) L. 1 pr. D. de tut. et rat. distr. (27, 3). Die l. 13 §. 1 D. de adm. et per. tut. (26, 7) verb. „si arguatur, eo tempore suam pecuniam bene collocasse" soll wohl eine Regel über die Beweislast nicht aufstellen. Vgl. Hasse a. a. O. (Note 9) §. 57, 74.

ein Pfandrecht (an denselben Objecten und wegen derselben Forderung) auf Grund des Gesetzes und des Vertrages zu. Und in ähnlicher Art ist bei jedem Recht, aus welchem eine dingliche Klage entspringt, eine Concurrenz mehrerer Entstehungsgründe denkbar. Das Recht selbst ist in solchen Fällen immer nur eines, weil ein einmal existent gewordenes Recht nicht von Neuem entstehen kann; dem Berechtigten aber steht es frei, sich auf den einen oder auf den anderen Erwerbsgrund zu berufen, oder auch die mehreren zu cumuliren, d. h. sie neben einander anzuführen. Die Obligationen dagegen als die den persönlichen Klagen zu Grunde liegenden Rechte lassen eine Mehrheit von Verpflichtungsgründen nicht zu. Denn da dieselbe Sache mehrmals geschuldet werden kann, so erzeugt jeder Verpflichtungsgrund eine Obligation für sich („singulas obligationes singulae causae sequuntur“).[12] Es kann daher auch von einer Cumulation verschiedener Verpflichtungsgründe bei persönlichen Klagen nicht die Rede sein. Allerdings aber ist etwas dem Aehnliches möglich. Wo mehrere auf dieselbe Sache gerichtete Obligationen concurriren, ist dem Gläubiger an sich so viel Mal Zahlung zu leisten, als Obligationen vorhanden sind,[13] und das will sagen, daß die geschuldete Sache der Ausdruck für mehrere gleichartige Vermögenswerthe ist. Nun kommt es aber vor, daß aus verschiedenen Obligationen genau derselbe, also nur ein Vermögenswerth geschuldet wird, und wo dies gesagt werden kann, erscheinen die Objecte der in jeder anderen Beziehung von einander unabhängigen Obligationen in der Art identisch, daß die aus der einen Obligation geleistete Zahlung zugleich die andere tilgt.[14] Werden nun solche Obligationen vom Gläubiger in einem Verfahren eingeklagt, so gehen die cumulirten Klagen selbstverständlich auf ein und dasselbe Object, und lassen sich demzufolge einer einfachen Klage vergleichen, welche auf verschiedene Entstehungsgründe gestützt ist.[15]

Häufig macht es Schwierigkeiten, die Klagthatsachen und die Einreden so von einander zu sondern, daß weder der Kläger, noch

---

12) L. 11 §. 5, l. 14 §. 2 D. de exc. rei jud. (44, 2).

13) L. 18, 19 D. de O. et A. (44, 7), l. 10 D. de A. E. V. (19, 1).

14) Die Fälle dieser Concurrenz sind sehr zahlreich, und es braucht kaum bemerkt zu werden, daß wenn die eine der concurrirenden Forderungen auf mehr geht, als die andere, die Identität der Objecte nur so weit reicht, als sich dieselben decken. Vgl. Savigny: System V. §. 232, 233.

15) S. §. 63 zu Note 68.

der Verklagte über das rechte Maaß hinaus mit Beweisen belastet wird. Wo solche Schwierigkeiten hervortreten, ist das im vorigen §. über die Präsumtionen, so wie über den Beweis der Negativen Gesagte zu Rathe zu ziehen, und wenn davon keine Anwendung gemacht werden kann, auf die allgemeine Regel zurückzugehen, daß nur diejenigen Thatsachen zum Klaggrund gehören, welche für das Recht des Klägers die Bedeutung der causa efficiens, und nicht bloß die der conditio sine qua non haben. Diese Regel läßt eine genauere Bestimmung nicht zu, man muß sich darauf beschränken, sie an einer Reihe von Beispielen zu erläutern, und dazu wird sich die passende Gelegenheit in der Lehre von den Einreden finden. Hier bedarf es jedoch noch einer allgemeinen Bemerkung.

Rechtsverhältnisse haben nicht selbst wieder die Kraft, Rechte zu erzeugen, wohl aber sind sie unter Umständen die Voraussetzung (conditio sine qua non) für die Entstehung und Geltendmachung anderer Rechte, und wo dies der Fall ist, werden sie anders als die Thatsachen behandelt, welche die conditio sine qua non des Klagrechts sind, indem der Kläger, welcher das bedingte Recht geltend macht, auch die dem bedingenden Rechtsverhältniß zu Grunde liegenden Thatsachen zu beweisen hat. Hierfür bietet die Universal- und Singularsuccession die nächste Anwendung dar. Soll das streitige Recht von einem Anderen auf den Kläger übergegangen sein, so genügt die Darlegung des Successionsgrundes nicht. Damit die Klage begründet erscheine, muß außer der Erbfolge, der Tradition, der Cession u. s. w. die Entstehung des fraglichen Rechts in der Person des Vorgängers nachgewiesen werden.[16] Dasselbe gilt, wo die erbrechtliche Succession des Verklagten in eine Verpflichtung ihres Erblassers, oder die Constituirung eines vom Recht des Constituenten formell verschiedenen Rechts, z. B. einer Servitut, eines Pfandrechts,[17] einer Reallast in Frage steht.

---

16) Das Gegentheil behaupten für die Eigenthumsklage Thibaut im Arch. für civ. Pr. VI. 15, Henschel ebendas. IX. 16, Kritz: Ueber die Vindication und die Publ. Klage, Dresd. 1831, Tigerström: Das Recht des Besitzes S. 18 fg., Brinz: Lehrbuch der Pandecten S. 246, Pagenstecher: Die römische Lehre vom Eigenthum S. 143 fg. S. aber Unterholzner im Arch. für civ. Pr. VII. 13, Falkenstein ebendas. X. 11, Vangerow: Lehrbuch der Pandecten I. §. 332 Anm. 1, Puchta: Pandecten §. 168 Note c.

17) Daß zur Begründung der a. hypothecaria der Beweis des Eigenthums des Verpfänders erforderlich sei, sagen ausdrücklich l. 23 D. h. t. (22, 3), l. 15 §. 1 D. de pign. (20, 1), und es ist ohne allen Grund, wenn Glück: Commentar XVIII. S. 384, Gesterding: Die Lehre vom Pfandrecht S. 376, Mühlenbruch: Lehrbuch des Pand. Rechts II. §. 319 und Sintenis: Hand-

Nicht minder, wennschon in anderer Art, ist ferner die Entstehung des Pfandrechts, die Verpflichtung durch fidejussio und constitutum debiti, so wie das Zinsversprechen bedingt durch die Existenz einer Hauptschuld, welche sichergestellt oder zinsbar gemacht werden soll, und wenn daher aus der Nebenverbindlichkeit geklagt wird, ist immer zugleich darzulegen, daß und wie die Hauptschuld entstanden ist. Auch besteht ein eigenthümliches Abhängigkeitsverhältniß für die Prädialservituten und Realprivilegien in Folge ihrer Beziehung zu dem Grundstück, mit welchem sie verbunden sind; nicht bloß ihr Erwerb, sondern auch ihre Geltendmachung setzt Eigenthum oder ein gleich wirkendes Recht an dem herrschenden Grundstück voraus, und aus beiden Gesichtspuncten (die nicht überall zusammenfallen) hat der Kläger diese Voraussetzung durch geeignete Thatsachen zu begründen. Aehnlich verhält es sich mit der a. communi dividundo, finium regundorum, aquae pluviae arcendae, ad exhibendum, der condictio furtiva, dem Anspruch auf die cautio damni infecti und den zahlreichen Delictsklagen, welche gleich jenen dem Eigenthümer und anderen dinglich Berechtigten gegeben werden; wie es denn auch Verpflichtungen gibt, welche mit dinglichen Rechten verknüpft sind, z. B. die Verpflichtung zur Leistung der cautio damni infecti, die gegenüber der a. aquae pluviae arcendae Statt findende Haftung u. s. w.

Für den Beweis dessen nun, was im Vorstehenden der active und der passive Klaggrund genannt worden ist, können unbedenklich die seit dem Mittelalter gangbaren Ausdrücke „legitimatio ad causam activa“ und „legitimatio ad causam passiva“ gebraucht werden, da das unrömische Wort „legitimare“ so viel bedeutet, als die Befugniß zu gewissen Handlungen beweisen. Bis vor Kurzem aber verband man mit dieser Terminologie einen sehr gefährlichen Irrthum. Für's Erste wurde, wenn auch nicht allgemein, so doch in einigen besonders gearteten Fällen, wie namentlich wo es sich um die Cession von Forderungen oder um den Uebergang von Rechtsverhältnissen auf die Erben handelt, und wo

---

buch des gem. Pfandrechts S. 563 von jenem Beweise dem Verpfänder und dessen Rechtsnachfolger gegenüber absehen wollen, wie denn auch die vermittelnde Annahme Dernburg's: Das Pfandrecht II. S. 304 fg., daß in der Specialverpfändung eine Anerkenntniß des Eigenthums liege, welches der Verpfänder, nicht aber dessen Rechtsnachfolger gegen sich gelten lassen müsse, in der römischen Auffassung das außergerichtliche Geständniß (vgl. §. 22) keine Unterstützung findet.

Recht oder Verbindlichkeit von einem dinglichen Substrat oder einer besonderen persönlichen Qualität abhängig ist,[18] die objective Existenz des streitigen Rechts von seinen subjectiven Beziehungen gesondert, und der Begriff der legitimatio ad causam auf den Beweis der letzteren beschränkt. Der legitimatio ad causam in diesem Sinne aber wurde dann dieselbe practische Bedeutung beigelegt, wie der legitimatio ad processum; sie sollte die Gültigkeit des Verfahrens bedingen, sollte deshalb gleich bei Anstellung der Klage durch liquide Beweismittel erbracht werden, und falls dies versäumt wäre, vom Richter, sei es auf Antrag des Gegners oder ex officio, in jedem Stadium des Processes nachgefordert werden können. Heut zu Tage hat man sich allgemein vom Ungrund dieser Auffassung überzeugt. Rechte, die eine bloß objective Existenz haben, gibt es nicht, und Obligationen insbesondere können weder ohne ein berechtigtes, noch ohne ein verpflichtetes Subject gedacht werden. Da nun die Klage, welche die Grundlage des Processes bildet, ein obligationsähnliches Verhältniß ist, so muß sich aus ihrer Begründung nothwendig ergeben, wer zu ihrer Anstellung berechtigt, und wer der rechte Verklagte ist. Somit sind die Thatsachen, auf welche sich in den genannten Fällen die legitimatio ad causam richten soll, nichts Anderes, als ein Theil des Klaggrundes, und unterscheiden sich dadurch sehr wesentlich von der legitimatio ad processum, die mit der Begründung der Klage Nichts zu thun hat.[19]

Die Einreden.*

§. 17.

Obschon die Klagthatsachen, wie sie so eben bestimmt worden sind, zur Begründung der Klagbitte genügen sollen, so läßt sich

18) Vgl. Gensler zu Martin's Lehrbuch, Abth. V. §. 2.

19) Ueber die ganze Lehre s. Bethmann-Hollweg: Versuche Nr. II., Bolgiano in der Zeitschr. für C. R. und Pr., N. F. XVIII. S. 27 fg.

*) Tit. Dig. 44, 1 de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis. Cod. 8, 36 de exceptionibus seu praescriptionibus. Inst. 4, 13. X. 2, 25. Lib. VI. 2, 12. Clem. 2, 10 de exceptionibus. — Die Litteratur ist zum größeren Theil schon in §. 15 Note * angeführt worden. Außer den dort genannten Schriften gehören noch hierher J. Zanger: Tr. de exceptionibus, Viteb. 1586 und öfter, Rivinus: Spec. exceptionum forens., Lips. 1686, ed. 7ma, cui acc. H. Hahn: Tr. jurid. de except., Hal. et Lips. 1730, Goldschmidt: Ueber L. C. und Einreden, Frkf. 1812, Spengel: Ueber L. C. und Einreden, München 1827, Savigny: System V. §. 226—228.

von ihnen doch keineswegs mit Sicherheit auf die Existenz des Klagrechts schließen. Es sind jeder Klagbegründung gegenüber Thatsachen denkbar, welche nicht eingetreten sein dürfen, wenn das Klagrecht existiren und verfolgbar sein soll, und es versteht sich von selbst, daß wenn eine solche Statt gehabt hat, der Verklagte sich auf dieselbe in Form eines selbständigen Gegenangriffs muß berufen dürfen, um den an sich gerechtfertigten Schluß von den Klagthatsachen auf das Klagrecht abzuwenden. Demselben Zwecke dienen mitunter klagbare Rechte, die aber dann auch in Thatsachen aufgelöst werden müssen — man denke z. B. an die Compensationseinrede, die exc. dominii —, und alle Thatsachen nun, durch deren Beweis der Verklagte die Klagbitte zu elidiren und seine Gegenbitte aufrecht zu erhalten vermag, werden heut zu Tage Einreden,[1] von den Römern, wie es scheint, defensiones[2] genannt.

Hiermit ist jedoch noch nicht gesagt, welche Thatsachen zu einem solchen Gegenangriff geeignet seien. Denn wenngleich die Richtung der Einreden gegen die aus den Klagthatsachen zu ziehende Schlußfolgerung ergibt, daß dieselben nicht in Thatsachen bestehen können, welche mit der Wahrheit der Klagthatsachen unverträglich sind, deren Behauptung also ein Leugnen der Klagthatsachen involviren würde,[3] so ist dadurch doch nur ein in anderer Beziehung wichtiges negatives, kein positives Criterium aufgestellt. In der That aber lassen sich die Einreden auch nicht auf ein einfaches positives Princip zurückführen. Vielmehr treten dieselben, insofern sie theilweise ihre Rechtfertigung in der Natur der Sache, der ratio juris, d. i. in der strengen Rechtsconsequenz finden, zum Theil auf Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen beruhen, in zweifacher Gestalt auf, als „ipso jure“ wirkende

1) Diesen Ausdruck empfiehlt statt des von den Neueren mit Unrecht in gleichem Umfang angewandten Ausdrucks „Exceptionen“ Savigny a. a. O. V. S. 169. Der ältere deutsche Sprachgebrauch bedient sich auch der Bezeichnungen: Auszug, Ausred, Ausflucht, Fürwand, Nothdurft.

2) Cf. l. 52 pr. D. de jud. (5, 1), l. 76 §. 1. D. de contr. emt. (18, 1), l. 5 D. de except. (44, 1), l. 1 C. de jur. et facti ign. (1, 18), l. 2, 3 C. si saep. in int. (2, 44), l. 1 pr. C. de R. V. (3, 32), l. 4 C. ne uxor pro mar. (4, 12), l. 5 C. de ing. manum. (7, 14), l. 11 C. de exc. (8, 36).

3) In früherer Zeit hat man freilich häufig auch die Behauptung solcher Thatsachen (unter dem Namen exc. rei non sic, sed aliter gestae) den Einreden zugezählt, und selbst das Leugnen von Thatsachen, welche der Kläger zu behaupten versäumt hat, als Einrede aufgefaßt. Davon ist man aber heut zu Tage zurückgekommen.

Vertheidigungsgründe und als „exceptiones."[4] Unter eine dieser zwei Kategorien also muß jede Thatsache gebracht werden können, welche zur selbständigen Begründung der Gegenbitte tauglich sein soll. Danach aber scheint es, als komme es im gegebenen Falle lediglich auf die Entscheidung der Frage an, ob die vom Verklagten zum Zweck der Vertheidigung vorgetragenen Thatsachen nach dem einen oder dem anderen der aufgestellten allgemeinen Gesichtspuncte Berücksichtigung verdienen. So indeß verhält sich die Sache doch nicht. Läßt sich gleich häufig wohl einer bestimmten Klage und den zur Begründung derselben behaupteten Thatsachen gegenüber ohne Weiteres von einer Vertheidigung sagen, daß sie ihrem Zwecke schon nach einfacher Rechtsconsequenz entsprechend sei, so ist dies doch keineswegs überall möglich, weil das positive Recht Manchem eine ipso jure eintretende Wirkung beigelegt hat, was genau genommen die Absolution nur aus dem Gesichtspunct der Ausnahme (exceptio) herbeiführen könnte.[5] Und vollends sind die Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe, von denen der Prätor bei Einführung der Exceptionen geleitet worden ist, nicht flüssig genug, um auch abgesehen von den ihnen im R. R. gegebenen speciellen Anwendungen practisch verwerthet zu werden. In Wirklichkeit ist daher die Rücksicht auf die Grundsätze des Civilrechts bei Bestimmung dessen, was Einrede sein kann, nahebei eben so unentbehrlich, wie bei Bestimmung der Klagthatsachen. Dies wird sich aus dem Folgenden noch des Weiteren ergeben.

1. Die ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe hängen am unmittelbarsten mit der Beschränkung des Klaggrundes auf die causa efficiens des Klagrechts zusammen. Denn dadurch, daß der Kläger vom Beweise der Thatsachen befreit ist, welche für die Existenz, d. i. für die Entstehung und Fortdauer des Klagrechts bloß die conditio sine qua non bilden, ist dem Verklagten die Aufgabe gestellt, seine Vertheidigung auf den Nicht-Eintritt einer dieser bedingenden Thatsachen zu gründen, oder, was dasselbe ist, den Eintritt solcher Thatsachen darzulegen, durch welche, wenn sie wahr sind, die Entstehung des Klagrechts verhindert, oder das entstandene Klagrecht vernichtet worden ist. Die ipso jure wir-

4) Aus dem angegebenen sachlichen Unterschiede beider Arten von Vertheidigungsgründen erklärt sich ihre verschiedene processualische Behandlung im Formularproceß. Vgl. Savigny V. S. 158.

5) Beispiele: Gai. III. 121, 124, l. 73 §. 5. D. ad leg. Falc. (35, 2).

kenden Vertheidigungsgründe sind demnach, wie man es ausgedrückt hat, entweder rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsachen.

a. Von rechtshindernden Thatsachen kann nur dann die Rede sein, wenn im Fall ihres Nicht-Eintritts das Klagrecht entstanden sein würde. So fallen unter dieselben, wenn die Klage auf eine Handlung oder Disposition gegründet ist, die Handlungsunfähigkeit (infantia, Wahnsinn[6]), die Dispositionsunfähigkeit (Unmündigkeit, Minderjährigkeit, Prodigalität), und die Unveräußerlichkeit des Objects, über welches disponirt worden ist (als eines fundus dotalis, einer res sacra, religiosa u. s. w.). — Ferner gegenüber einer Klage, bei deren Begründung von einer gesetzlichen Regel ausgegangen ist, solche Umstände, an welche die Gesetze eine Ausnahme von der fraglichen Regel knüpfen.[7] Wer z. B. auf Grund eines Testaments die H. P. anstellt, braucht die testamenti factio (activa und passiva) nicht nachzuweisen, sie bildet die Regel; dagegen kann ihr Mangel einredeweise dargethan werden. Um die Ersitzung des Eigenthums zu substantiiren, muß der Kläger den Erwerb des Besitzes ex justa causa und die gesetzliche Dauer desselben behaupten; die Usucapionshindernisse, sowohl das subjective der mala fides,[8] wie die zahlreichen objectiven, sind als Ausnahmen, und somit als Gegenstand der Vertheidigung zu betrachten. Der Berufung auf die mala fides aber ist wieder rücksichtlich des Erwerbs der Servituten durch l. t. possessio die Behauptung zu vergleichen, daß der Kläger vi, clam oder precario besessen habe. Auch steht der Legatsklage das freie Dispositionsrecht des Testator zur Seite, in welchem sich die Regel ausspricht, wogegen der belangte Erbe unter Bezugnahme auf die durch die lex Falcidia eingeführte Beschränkung dieses Rechts die Beschwerung seiner Erbportion um mehr als drei Viertheile nachweisen kann.[9] Endlich bietet, um anderer Beispiele zu geschweigen, die Rangfolge, in welcher das Erbrecht deferirt wird, wenigstens einige Aehnlichkeit mit dem Verhältniß der Ausnahme zur Regel

6) L. 5 C. de codic. (6, 36), c. 3 X. de succ. ab int. (3, 27).
7) L. 5 pr. D. de prob. (22, 3).
8) Daß die mala fides ein Usucapionshinderniß ist, welches auf einer gesetzlichen Ausnahme, nämlich auf dem durch die XII tabb. aufgestellten Verbot der Usucapion an gestohlenen Sachen beruht, haben ausgeführt Wetzell: Lex XII tabb. rerum furtivarum usucapionem prohibet, Munich. 1840, Stintzing: Das Wesen von bona fides und titulus, Heidelb. 1852.
9) L. 17 D. de prob. (22, 3).

dar. Wer sich bei Begründung der H. P. auf einen der anerkannten Delationsgründe beruft, hat die Regel für sich; jedoch derogirt der Anspruch der präterirten Notherben (der sui und emancipati) der testamentarischen Delation, diese wieder der gesetzlichen, und innerhalb der gesetzlichen Delation die nähere Verwandtschaft der entfernteren, wie die Ausnahme der Regel.[10] Dasselbe wiederholt sich bei der Concurrenz von Miterben und re verbundenen Legataren; die Klage wird auf eine Thatsache gegründet, aus welcher ein Anspruch auf die ganze Erbschaft, das ganze Legat entspringt, der gleichwirkende Vertheidigungsgrund schließt das Klagrecht zwar nicht aus, aber er beschränkt es doch.

Nicht die unwichtigste Anwendung aber finden die rechtshindernden Einreden da, wo sie eine auf andere Thatsachen gestützte Präsumtion zu widerlegen bezwecken. Beispiele von Präsumtionen sind früher gegeben worden (§. 15 Note 10—13). Hat der Kläger mit Hülfe einer solchen die Klage begründet, so fällt die der präsumirten Thatsache direct entgegenstehende Thatsache unter den Gesichtspunct der Einrede. So ist z. B. der aus einem Vertrag abgeleiteten Klage gegenüber einredeweise der Mangel der Willenseinigung, d. i. der s. g. unächte Irrthum, und die Simulation vorzuschützen, ebenso wie einer in der Klage behaupteten testamentarischen Anordnung gegenüber der Irrthum als Mangel eines dem gebrauchten Ausdruck entsprechenden Willens, und die Aenderung des Willens (bei Legaten insbesondere die ademtio legati).[11] Stützt sich die Klage auf ein formelles Geschäft, so braucht sie nur die Beobachtung der äußerlich hervortretenden Formen nachzuweisen, die sonst noch auf die Form bezüglichen Erfordernisse (z. B. bei Testamenten die unitas actus, die gesetzlichen Eigenschaften der Testamentszeugen) werden präsumirt; dagegen steht es dem Verklagten frei, ein in dieser Beziehung vorgekommenes Versehen darzuthun.[12] Daß in diesen und ähn-

---

10) A. M. sind über diesen Punct Gensler im Arch. für civil. Pr. I. S. 271, Bethmann-Hollweg: Versuche S. 362, welche annehmen, der Kläger müsse die Nicht-Existenz eines Testaments und näherer Verwandten darlegen. S. aber dagegen Bruns in Bekker's und Muther's Jahrbuch I. S. 109 fg.

11) L. 7 §. 10 D. de pactis (2, 14), l. 5 §. 1, l. 12, 14, 15, 22 D. de prob. (22, 3), l. 11, 18 C. eod. (4, 19), l. 22 D. de leg. II (31, 1), l. 11 §. 12 D. de leg. III (32, 1), l. 30 D. de V. O. (45, 1), c. 6 X. de renunc. (1, 9).

12) L. 5 §. 1 D. de prob. (22, 3), l. 2 C. si adv. rem jud (2, 27). Eine Anwendung auf Urtheile findet sich in §. 60 Note 3—5. Die l. 25 pr. D. de adopt. (1, 7) gehört nicht hierher.

lichen Fällen der Begriff der Einrede nicht deshalb unzutreffend ist, weil die der Präsumtion entgegenzusetzende Behauptung die Wahrheit der präsumirten Thatsache negirt, bedarf kaum der Erwähnung; es fragt sich, ob die Behauptung des Verklagten mit den der Präsumtion zu Grunde liegenden Thatsachen in Widerspruch steht, und diese Frage ist zu verneinen.

Dieselbe Art der Vertheidigung ist aber auch anwendbar gegenüber dem passiven Klaggrunde; der Verklagte kann darthun, daß die Handlung oder der factische Zustand, worauf die Behauptung einer Rechtsverletzung gestützt worden ist, ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden könne.[13] So läßt sich die factische Beschränkung des Eigenthums gegenüber der a. negatoria durch die Begründung einer entgegenstehenden Servitut, das opus manu factum, welches die a. aquae pluviae arcendae veranlaßt hat, durch die Nachweisung seines unvordenklichen Bestandes u. s. w. rechtfertigen.

b. Bei den rechtsvernichtenden Thatsachen handelt es sich um Vorgänge, welche in das Leben eines wirklich entstandenen, oder als entstanden gedachten Rechts eingreifen, die also civilrechtlich ganz als das aufgefaßt werden, als was sie processualisch in Betracht kommen, als Befreiungsgründe des Verklagten. Dies unterscheidet sie wesentlich von den unter a. genannten Vertheidigungsgründen, die das Civilrecht in ihrer conträren Fassung als Voraussetzungen oder Modalitäten des Rechtserwerbs betrachtet, und macht es möglich, rücksichtlich ihrer auf die ausführlichen Darstellungen der ipso jure wirkenden Aufhebungsgründe zu verweisen, welche für die einzelnen Rechtsinstitute in den Systemen des Civilrechts gegeben zu werden pflegen. Trotz des bestimmten Gegensatzes aber, der zwischen dem Erwerb und der Aufhebung der Rechte besteht, ist es doch nicht überall unzweifelhaft, ob eine Thatsache zum Klaggrunde gehöre, oder ob ihr Gegentheil als Aufhebungsgrund des Klagrechts zu betrachten sei. Solche Zweifel sind entstanden bei der condictio causa data causa non secuta, bei der Klage aus dem negativ bedingten Versprechen einer Conventionalstrafe, bei der Klage aus der lex commissoria, der Privationsklage; indeß ist davon schon früher die Rede gewesen.[14]

13) L. 6 §. 9 D. comm. divid. (10, 3), l. 1 §. 4 D. de superfic. (43, 18). Daß in diesen Stellen von einer exceptio die Rede ist, hat seinen Grund in dem prätorischen Schutz des vom Verklagten behaupteten Rechts.

14) S. §. 15 Note 17, §. 16 Note 4—6.

2. Die Exceptionen[15] treten eben so wie die ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe der Klage bald

a) schon mit deren Entstehung entgegen, und hindern die Wirksamkeit derselben von Anfang an, wie die exc. quod metus causa, doli (specialis), rei venditae et traditae, — bald werden sie

b) erst in einem späteren Moment existent, und heben dann die Wirksamkeit der Klage auf, wie die exc. pacti de non petendo, rei judicatae, jurisjurandi.

Jedoch hat dieser Unterschied keine ähnliche Bedeutung wie der Gegensatz der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Einreden; für die Bestimmung der Thatsachen und Rechte, welche als Exceptionen zu fungiren geeignet sind, ist er nicht im Entferntesten maaßgebend. Eben so wenig aber vermögen andere allgemeine Gesichtspuncte dafür einen festen Anhalt zu geben, namentlich nicht der Umstand, daß die Exceptionen theils aus Billigkeits-, theils aus Zweckmäßigkeitsgründen eingeführt worden sind. Allerdings gibt die Kenntniß dieser Grundlagen den Schlüssel zum Verständniß der geschichtlichen Gestaltung der Exceptionen und ihrer bald stärkeren, bald schwächeren Einwirkung auf das Recht, dem sie entgegentreten,[16] sie setzt aber nicht in den Stand, die Klagen, gegen welche, und die Verhältnisse, unter denen Exceptionen zu statuiren sind, so sicher zu bestimmen, daß die in den Quellen vorkommenden Exceptionen gleichsam nur als Beispiele erscheinen. Denn wenngleich sich wissenschaftlich und mit Hülfe der Erfahrung nachweisen läßt, daß die strenge Durchführung gegebener Rechtsgrundsätze in gewissen Fällen mit dem sittlichen Fundament des Rechts (der aequitas) in Widerspruch geräth oder Inconvenienzen nach sich zieht, so kann doch die Rechtswissenschaft, welche gerade an die logische Consequenz gewiesen ist, niemals zu dem Resultat gelangen, daß, weil es so billig oder zweckmäßig erscheine, die strenge Rechtsconsequenz zu durchbrechen, ihren Anforderungen also keine Folge zu geben sei. Ob und wie weit dies geschehen

---

15) Gai. IV. 119, pr. I. de except. (4, 13), l. 2 pr. [„Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est"], l. 22 pr. [„Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem"] D. eod. (44, 1).

16) In ähnlicher, jedoch nicht ganz übereinstimmender Weise erklärt diese Verschiedenheit der Wirkung Savigny a. a. O. V. §. 249—252.

solle, muß sie der positiven Anordnung überlassen, und kann höchstens die Billigkeit nach Analogie solcher Fälle berücksichtigen, in welchen dieselbe bereits positive Anerkennung gefunden hat.

In practischer Beziehung aber haben alle Exceptionen das mit einander gemein, daß sie das ihnen gegenüberstehende Recht nicht in seiner Existenz angreifen, sondern es nur unwirksam machen, oder, was dasselbe sagt, ihm nur eine Gegenwirkung entgegenstellen,[17] und daß sie deshalb unter Umständen selbst wieder außer Kraft gesetzt werden können.[18] Sie unterscheiden sich darin von den ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründen,[18a] und diese Verschiedenheit der practischen Bedeutung bestätigt die oben principiell entwickelte Ansicht, daß es nicht möglich ist, mit einem einfachen Begriff der Einreden auszureichen.[19] Wie denn auch die ältere Doctrin, obschon sie nach dem Vorgang der Glosse alle Einwendungen des Verklagten gegen die Klage unter dem Namen exceptiones zusammenfaßte, doch wieder zwischen exceptiones juris und exceptiones facti unterscheiden zu müssen geglaubt hat, unter jenen ungefähr die wahren römischen Exceptionen, unter diesen die übrigen Einreden begreifend, ohne es übrigens zu einer gleichförmigen Abgrenzung und Behandlung beider bringen zu können.[20]

Allerdings aber ist die Gegenwirkung, die von den Exceptionen ausgeht, nicht überall die gleiche. Abgesehen davon, daß dieselben,

---

17) Nur empfiehlt es sich nicht, die exceptio auf ein selbständiges Recht des Verklagten zurückzuführen, wie Savigny V. §. 225 es thut, welchem der abweichenden Ansicht Bekker's: Die proc. Consumtion S. 93 fg. gegenüber Arndts: Pandecten §. 101 Anm. 1 und Mayen a. a. O. (§. 15 Note *) S. 21 fg. beigetreten sind. Die exceptio kann auf einem selbständigen Recht beruhen, aber in ihrem Wesen liegt dies nicht. Als Beleg dafür dienen die exc. S. C. Macedoniani, S. C. Vellejani, rei judicatae, pacti de non petendo, ferner die Aeußerung der l. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14) „in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur“, und endlich der Umstand, daß indebite nicht bloß der ipso jure befreite, sondern auch der durch eine exceptio gesicherte Schuldner zahlt.

18) Für solche Fälle gilt der Ausdruck der l. 95 §. 2 D. de solut. (46, 3) „incipit obligatio civilis — auxilium exceptionis amittere“, und der l. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14) „Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret, prius pactum per posterius elidetur, — et ideo replicatione exceptio elidetur.“ Vgl. den nächsten §. und Savigny V. S. 157.

18a) Diesen Unterschied ignorirt Paulus in l. 112 pr. D. de R. J. (50, 17) [„Nihil interest, actionem quis non habeat, an exceptione infirmetur“].

19) Am Eingehendsten ist dies versucht worden von Albrecht a. a. O. (Note 15 *).

20) Reichhaltige Nachweisungen hierüber gibt Albrecht a. a. O. §. 23 fg.

wie schon bemerkt (Note 16), dem gegenüberstehenden Recht bald jede Wirkung, bald nur die Klagbarkeit entziehen, schließen sie speciell die Klage nicht alle für immer, sondern theilweise bloß zur Zeit aus, sind also theils solche, „quae semper rem, de qua agitur, perimunt", „quae perpetuo valent", theils von der Art, daß sie „actionem differunt", „ad tempus nocent". Jene, die „exceptiones peremtoriae s. perpetuae, stehen der Klage unter allen Umständen entgegen („semper agentibus obstant", „evitari non possunt"), wie die exc. pacti de non petendo, rei judicatae, und es ist selbstverständlich, daß sie den Richter zur definitiven Absolution des Verklagten bestimmen. Diesen, den exceptiones dilatoriae s. temporales, wie der exc. pacti de non petendo intra certum tempus, excussionis s. ordinis, divisionis kann der Kläger dadurch ausweichen, daß er mit Anstellung der Klage bis zum Wegfall des vorläufig bestehenden Hindernisses wartet („evitari possunt"); klagt er aber zu früh, so müssen zwar auch sie mit Rücksicht auf die consumirende Wirkung der L. C. die Absolution zur Folge haben, ihre dilatorische Tendenz aber kommt im heutigen Proceß dadurch wieder zur Geltung, daß der über das Ziel hinausgehenden Absolution ein Vorbehalt beigefügt wird, welcher dem Kläger die erneuerte Klagestellung freiläßt (Abweisung der Klage „zur Zeit").[21] Von der incorrecten Subsumtion der auf die Proceßvoraussetzungen bezüglichen Vertheidigungen unter den Begriff der dilatorischen Exceptionen ist an einem anderen Orte (§. 14 a. E.) die Rede gewesen; hierher gehören diese das Klagrecht unberührt lassenden Vertheidigungen nicht.

Von einer Begründung der Einreden kann eigentlich bloß da gesprochen werden, wo ein auch ohne Beziehung auf die Klage bestehendes Recht, z. B. eine Gegenforderung, die Grundlage der Vertheidigung bildet, und hier geschieht sie nach gleichen Grundsätzen, wie die der Klage. In allen anderen Fällen sind die Einreden an sich schon Thatsachen, die nur behauptet, und nöthigenfalls in ihre äußerlich hervortretenden Momente aufgelöst zu werden brauchen. Negative Thatsachen werden selten, können aber doch den Grund der Einreden bilden, und wenn z. B. der mit a. con-

---

21) Cf. Gai. IV. 120—125, §. 8—11 I. de exc. (4, 13), l. 2 §. 4, l. 3 D. eod. (44, 1), und über die moderne Behandlung der exc. dilatoriae §. 14 Note 96.

fessoria Belangte sich auf den Untergang der Servitut durch non usus beruft, so bezeichnet er eben diese negative Thatsache als Gegenstand seines Beweises. Die mitunter aufgestellte Behauptung, daß negative Einreden dem Gegner den Beweis des positiven Gegentheils aufbürdeten, wird durch das Beispiel der exc. non numeratae pecuniae und der exc. non adimpleti contractus nicht gerechtfertigt.[22] Denn die exc. non numeratae pecuniae verlangt, wenn zum Voraus die Rückzahlung eines erst erwarteten Darlehns versprochen worden ist, der a. ex stipulatu gegenüber zu ihrer Begründung (in gleicher Art, wie die durch sie vertretene condictio causa data causa non secuta), den Beweis der causa, d. i. der Erwartung, welche beim Abschluß der Stipulation obgewaltet hat, wogegen der Stipulator darthun darf, daß sich die Erwartung des Promittenten erfüllt, d. h. daß die Auszahlung des Darlehns wirklich Statt gehabt habe.[23] Die exc. non adimpleti contractus aber beruht auf der Behauptung des Verklagten, daß ihm eine connexe Gegenforderung zustehe, und muß demgemäß durch den Beweis der Erfüllung elidirt werden können.[24] Indeß hat diese Einrede allerdings die Eigenthümlichkeit, die sie jedoch mit anderen Einreden, z. B. mit der exc. temporis, S.Cti Vellejani, theilt,[25] daß ihre factische Unterlage dem Verklagten durch die Klagbegründung suppeditirt wird, und deshalb nicht erst besonders bewiesen zu werden braucht.

Uebrigens kommen dem Verklagten beim Vortrage seiner Einreden dieselben Vortheile zu Gute, welche der Kläger bei Begründung der Klage genießt. Er darf sich auf die Behauptung derjenigen Umstände beschränken, welche abstract genommen geeignet sind, das Klagrecht, auch wenn die zu dessen Begründung erforderlichen Thatsachen zugestanden oder bewiesen werden, als nicht existirend oder als unwirksam erscheinen zu lassen, die also für diesen Effect nicht bloße conditio sine qua non, sondern causa

22) Von den Ansichten der älteren Praxis handelt Albrecht a. a. O. S. 172 fg.

23) Vgl. Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, im Anhang, und über eine andere Anwendung dieser Einrede den §. 22.

24) Vgl. Heerwart im Arch. für civ. Pr. VII. 18, XIV. 9, XVIII. 15 und über die Litteratur dieser Frage Puchta: Pandecten §. 232 Note c.

25) Auch die exc. legis Anastasianae wird hierher zu zählen sein, da zur Begründung der Cession die Anführung der causa cessionis, also des Kaufs gehört. S. Puchta in Weiske's Rechtslex. II. S. 641. A. M. sind Burchardi im Arch. für civ. Pr. XVI. 8, Brackenhoeft das. XXIII. 6, Herrmann das. XXXI. I.

efficiens sind. So ist z. B. eine Vorbedingung dafür, daß des Klägers Forderungsrecht durch Zahlung vernichtet worden sei, die Dispositionsfähigkeit des Klägers; diese darzulegen ist aber nicht Sache der Vertheidigung. Die Entstehung der in der Klage behaupteten Verpflichtung ist durch die Minderjährigkeit des Verklagten nur dann verhindert worden, wenn der Verklagte ohne Consens seines Vormundes contrahirt hat; gleichwohl gehört zur Begründung der Einrede nur die Behauptung der Minderjährigkeit, nicht auch die des mangelnden vormundschaftlichen Consenses. Doch wird hiervon eingehend im folgenden §. zu handeln sein.

Die Repliken, Dupliken, Tripliken.*

§. 18.

Dadurch, daß der Verklagte von allen den Umständen absehen darf, welche den Effect seiner Einreden nur bedingen, nicht hervorbringen, ist den Einreden gegenüber eine ähnliche Vertheidigung möglich gemacht, wie sie die Einreden gegenüber der Klage bilden. Der Kläger kann die Einreden zugestehen, und dennoch die Klagbitte aufrecht erhalten, indem er Thatsachen vorträgt, welche den Schluß von den Einreden auf die Nicht-Existenz des Klagrechts entweder nach einfacher Rechtsconsequenz, oder aus Rücksichten der Billigkeit oder Zweckmäßigkeit entkräften. Solche Thatsachen pflegt man im deutschen Proceß in Ermangelung einer passenderen Bezeichnung Repliken zu nennen, und die Repliken in diesem Sinne sind also theils ipso jure, theils ope exceptionis wirkende Vertheidigungsgründe; das R. R. aber gebraucht den Ausdruck „replicationes“ nur für die letzteren.

1. Die ipso jure wirkenden Repliken sind

a. allgemein in der Art denkbar, daß sie den juristischen Effect der Einrede, der sie entgegenstehen, gar nicht haben existent werden lassen, trotzdem daß die an sich zu deren Begründung erforderlichen Thatsachen vorhanden waren. Es findet in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Einreden nicht Statt. So kann der Kläger die einer Contractsklage entgegengesetzte Behauptung der Minderjährigkeit durch die Berufung auf den Consens des Curator oder die venia aetatis

*) Tit. Inst. 4, 14 de replicationibus. — Savigny: System V. §. 229.

entkräften. Hat er auf Grund der Verwandtschaft die H. P. angestellt, so kann er dem Einwand, daß der Erblasser ein Testament hinterlassen habe, einen innern Mangel oder die Ruption oder Destitution des Testaments entgegenhalten. Die Einrede der Zahlung oder des pactum de non petendo widerlegt er durch die Berufung auf seine Minderjährigkeit u. s. w.[1]

b. Dagegen sind Repliken, welche eine begründete Einrede ipso jure wieder aufheben, der Natur der Sache nach nicht denkbar. Denn mag die Einrede beschaffen sein, wie sie will, immer könnte sie ipso jure nur durch Thatsachen beseitigt werden, welche als die Grundlage eines von dem in der Klage behaupteten Rechte verschiedenen Rechts, d. h. einer neuen Klage zu betrachten wären. Dies leuchtet sofort ein für den Fall, wo der Verklagte dargethan hat, daß das Klagrecht gar nicht existent geworden,[2] oder wenigstens von Anfang an unwirksam gewesen sei. Es gilt aber in der That auch da, wo das Klagrecht durch eine nachfolgende Thatsache aufgehoben oder unwirksam gemacht worden ist; die Rückgabe des Gezahlten also vermag nicht ipso jure die durch die Zahlung einmal getilgte Forderung wieder herzustellen, und das pactum de petendo macht nicht ipso jure das vorausgegangene pactum de non petendo rückgängig. Denn ob das Klagrecht gar nicht bestanden, oder ob es zu bestehen wieder aufgehört, ob es von Anfang an keine Wirksamkeit gehabt, oder ob es dieselbe erst später verloren hat, kann an sich für die vorliegende Frage von keinem Belang sein. Und wenn schon nach der auf der ratio juris beruhenden Regel „Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est“ die Darlehnsschuld ipso jure durch Rückzahlung, die naturalis obligatio ipso jure durch pactum de non petendo aufgelöst wird,[3] so läßt sich doch davon auf Einreden, welche Thatsachen sind, keine Anwendung

1) L. 13 §. 2 D. de Publ. act. (6, 2) [wo die Berufung auf die auctoritas tutoris wenigstens als Replik gedacht werden kann], l. 18 C. de prob. (4, 19). Auch l. 8, 9 D. eod. (22, 3) sind wohl hierher zu ziehen.

2) Eine Ausnahme macht in dieser Hinsicht nur die Ratihabition, die aber mit der Regel vermittelst der Zurückbeziehung in Einklang gebracht worden ist. Cf. l. 16 §. 1 D. de pign. (20, 1), l. 1 C. si major factus ratum hab. (2, 46), l. 25 C. de don. int. V. et Ux. (5, 16).

3) L. 35 D. de R. J. (50, 17), l. 100 D. eod. [„Omnia, quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt“], l. 80 D. de solut. (46, 3), l. 95 §. 4 D. eod. [„Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur“].

machen, weil wohl Rechte aufgelöst, Thatsachen aber nicht ungeschehen gemacht werden können („in pactis factum versatur, et ideo replicatione exceptio elidetur").[4] Dieser Grund paßt freilich nicht überall. Beruht die Einrede nicht wie gewöhnlich unmittelbar auf einer Thatsache, sondern auf einem von ihr zu unterscheidenden Recht, z. B. auf einer Gegenforderung, oder einer Servitut (gegenüber der a. negatoria), oder auf dem Eigenthum (gegenüber der a. Publiciana), so wird sie wie aus der Entstehung dieses Rechts nachgewiesen, so auch durch die Behauptung von Thatsachen widerlegt, welche dasselbe nach der Natur der Sache zu vernichten geeignet sind. Dennoch verdienen diese Thatsachen die Bezeichnung von ipso jure wirkenden Repliken nur in dem Sinne, daß sie die in Frage stehende Einrede als solche gar nicht haben existent werden lassen, weil sie das die Einrede bedingende Recht entweder schon vor der Entstehung des klägerischen Rechts,[5] oder doch vor der beide Rechte erst in Berührung bringenden Einleitung des Processes vernichtet haben.[5a]

---

4) L. 27 §. 2 D. de pactis (2, 14): „Pactus, ne peteret, postea convenit, ut peteret, prius pactum per posterius elidetur; non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, et ideo replicatione exceptio elidetur. Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit. Sed si pactum conventum tale fuerit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum, non poterit postea paciscendo, ut agere possit, efficere, quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem reparandam inefficax est, non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, velut emti; non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum."

5) Bei der Compensationseinrede trifft dieser Grund in denjenigen Fällen zu, in welchen die einander gegenüberstehenden Forderungen compensable Objecte haben, indem solche Forderungen nach den unzweideutigen Ausdrücken der Quellen durch die Compensation ohne Zuthun der Parteien vernichtet werden. Es fragt sich dann, ob die Forderung des Verklagten älter ist als die des Klägers, oder jünger. Ist sie jünger, so kann sich der Kläger auf eine andere Art ihrer Tilgung nicht berufen, selbst nicht auf die Zahlung — l. 10 §. 1 D. de comp. (16, 2), l. 30 D. de cond. ind. (12, 6) —; ist sie älter, so kann er es, vorausgesetzt, daß ihre anderweitige Tilgung der Entstehung der klägerischen Forderung vorausgegangen ist, indem er durch den Beweis einer solchen Tilgung feststellt, daß die Compensationseinrede gar nicht existent geworden sei.

5a) Auch dieser zweite Grund kann auf die Compensationseinrede Anwendung finden. Stehen nämlich einander Forderungen gegenüber, deren Objecte nicht an sich schon compensabel sind, sondern es erst durch eine Schätzung werden — man denke an gegenseitige Forderungen aus b. f. negotia —, so wird nur compensirt, wenn der Verklagte sich auf seine Gegenforderung beruft, um sie zur Compensation zu benutzen.

2. Was sodann die ope exceptionis wirkenden Repliken, die replicationes des R. R. anbelangt, so ist es eben so wohl möglich, daß dieselben

a. von Anfang an den Einreden gegenüberstehen, als daß sie
b. ihnen erst später entgegentreten,

ohne daß davon practisch Etwas abhängt. Jedenfalls aber vermögen sie nur eigentliche Exceptionen, nicht solche Einreden zu entkräften, welche das Klagrecht, auf das sie sich beziehen, vollständig paralysiren. Derartigen Einreden gegenüber können zwar die Thatsachen, aus denen unter anderen Umständen eine replicatio entspringen würde, möglicher Weise eine selbständige Klage, z. B. eine Klage auf Wiederherstellung des ipso jure erloschenen Rechts (imploratio restitutionis) oder auf Rückerstattung der aus einem ungültigen Vertrage gezogenen Bereicherung[6] begründen, absolut unfähig aber sind sie, eine Klagbitte aufrecht zu erhalten, die auf Anerkennung eines in Wirklichkeit nicht existirenden Rechts gerichtet ist.[6a] Dagegen verhindern die Exceptionen den Kläger an der Verfolgung seines Rechts, ohne dieses Recht seiner Substanz nach aufzuheben, und können eben darum in ihrer Wirkung gegen die Klage selbst wieder durch Umstände gehemmt werden, welche die Freisprechung des Verklagten im gegebenen Fall als unbillig oder unzweckmäßig erscheinen lassen würden.[7] Diese Umstände geben sonach dem Kläger das Material zu einem selbständigen Gegenangriff; sie verhalten sich zur exceptio so, wie diese zur Klage, und werden deshalb von den römischen Juristen geradezu als „exceptiones, quae a parte actoris veniunt," als „contrariae exceptiones, quasi exceptionum exceptiones" bezeichnet.[8] Hiernach aber versteht sich von selbst, daß eine wirkliche Exception auch durch das

---

6) Vgl. l. 10 §. 1 D. de comp. (16, 2), l. 30 D. de cond. ind. (12, 6), und dazu Note 5.

6a) So entscheidet l. 2 C. si adv. transact. (2, 32), während sie die replicalische Bitte um Restitution gegen einen Exceptionsgrund zuläßt. Zweideutig ist l. 1 C. si adv. rem jud. (2, 27), und die meist allein angeführte l. 9 §. 4 D. de jurejur. (12, 2) handelt gleichfalls von der Beseitigung einer Exception. Die im Text aufgestellte Ansicht ist daher schon sehr früh, schon von Jo. Bassianus vertheidigt, und von Accursius — cf. gl. Et in rem actio] ad l. 9 §. 4 D. quod met. c. und gl. Restitutionis] ad l. 15 §. 4 D. ex quib. caus. maj. — so wie später von Durantis I. 1 de off. jud. §. 3 nr. 2 und IV. 1 de rest. §. 1 nr. 8 gebilligt worden. Wo die Neueren von der replicalischen Bitte um Restitution reden, kommen sie auf jene Unterscheidung nicht. Vgl. Glück: Commentar V. S. 413, Göschen: Vorlesungen I. S. 180.

7) Gai. IV. 126, pr. I. h. t. (4, 14).

8) L. 2 §. 1, l. 22 §. 1 D. de exc. (44, 1).

replicalische Gesuch um Restitution beseitigt werden kann, weil dieses nicht den Character einer neuen Klagbitte hat, sondern lediglich das Mittel ist, den Erfolg der ursprünglichen Klagbitte aufrecht zu erhalten.[9]

Dieselbe Art der Vertheidigung nun, welche auf Seiten des Klägers gegenüber den Einreden möglich ist, kann sich nochmals auf Seiten des Verklagten gegenüber den Repliken wiederholen, und diese Wiederholung läßt sich noch öfter fortgesetzt denken. Auf allen diesen Stufen aber ist der römische Sprachgebrauch enger, als der heutige. Die Römer nennen die Vertheidigung des Verklagten duplicatio, die nachfolgende Vertheidigung des Klägers triplicatio u. s. w. nur dann, wenn sie auf Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitsgründen beruht.[10] Wir dagegen bezeichnen als Dupliken, Tripliken u. s. w. auch diejenigen Thatsachen, welche schon nach einfacher Rechtsconsequenz den voraufgehenden Angriff zu elidiren geeignet sind.

Die Responsionen.

§. 19.

Wie es den Parteien überlassen ist, sich auf die Thatsachen zu berufen, welche die von ihnen gestellte Sachbitte aufrecht zu erhalten vermögen, so muß es auch von ihrem freien Ermessen abhängen, ob sie die Wahrheit der von der anderen Partei behaupteten Thatsachen anerkennen oder bestreiten wollen. Moralisch sind sie zwar hierbei durch ihr Gewissen gebunden; da aber die Art ihrer Erklärung einen wesentlichen Einfluß auf den Ausgang des Processes äußert, so ist ihnen juristisch nur insofern eine Schranke gezogen, als sie in einigen gesetzlich ausgezeichneten Fällen (§. 30) wegen muthwilligen Leugnens einer Strafe unterliegen. An sich wird in der Behauptung einer relevanten Thatsache seitens der einen Partei nur der Anlaß zu einer bestimmten Erklärung über deren Wahrheit für die andere Partei gefunden. Die

---

9) S. die Stellen der Note 6a.

10) Gai. IV. 127—129, fr. Vat. §. 259, §. 1—3 I. h. t. (4, 14), l. 2 §. 3 D. de exc. (44, 1), l. 7 §. 1, 2 D. de curat. (27, 10). In dieser letzten Stelle wird übrigens die der replicatio folgende Vertheidigung nicht duplicatio, sondern triplicatio genannt, und zu demselben Resultat führt die Lesart der Florentinischen Handschrift in der l. 2 §. 3 D. cit. Vgl. Savigny V. S. 192 fg.

bejahende Erklärung nennen wir Geständniß, die verneinende Leugnen.

1. Das Geständniß in vorliegender Anwendung,[1] im römischen Formularproceß confessio in judicio genannt, unterscheidet sich von dem der Klagbitte gegenüber abgelegten, der confessio in jure, wesentlich dadurch, daß es sich nicht unmittelbar auf das Klagrecht, sondern auf die einzelnen thatsächlichen Voraussetzungen des Streitverhältnisses bezieht, und indem es dem Richter nur diese als unbestritten darstellt, immer noch ein förmliches Urtheil als nöthig erscheinen läßt. Dennoch aber ist es insoweit wenigstens für eine indirecte Anerkennung der jenseitigen Sachbitte zu halten, als diese durch die Wahrheit der vom Gegner in seinem Interesse behaupteten und nunmehr eingestandenen Thatsache bedingt ist. Es ist demnach kein die Ueberzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel, sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht, und daß diesen Standpunct bereits das R. R. einnimmt, tritt am klarsten in solchen Entscheidungen hervor, welche von absichtlich gegen die Wahrheit abgelegten Bekenntnissen handeln, und die in diese eingekleideten Dispositionen, wenn sie einem gesetzlichen Verbot widerstreiten, für eben so ungültig wie die directen erklären.[2] Formell verpflichtend aber wurde die confessio in judicio nach R. R. erst mit dem Judicat, vorher konnte sie durch den einfachen Beweis des Gegentheils wieder rückgängig gemacht werden.[3] Da jedoch das heutige gemeinrechtliche Verfahren in mehrere Stufen zerfällt, und auf jeder derselben einen formellen Abschluß erhält, so sieht die Praxis nach Analogie des gleichfalls über einzelne Thatsachen, aber auf vorgängige Frage und in jure (interrogatio in jure) Statt gehabten Bekenntnisses[4] ein jedes gerichtliche Eingeständniß nachtheiliger Thatsachen als unwiderruflich an, und hält der geständigen Partei unter Voraussetzung eines zutreffenden

1) Vgl. Tevenar: Theorie der Beweise im C. Pr. II. 2, Gönner: Handbuch IV. 44, Weber: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung Nr. IV., Bethmann-Hollweg: Versuche Nr. 4, Brackenhoeft im Arch. für civil. Pr. XX. S. 248 fg., Savigny: System VII. §. 308, Bolgiano in der Zeitschr. für C. R. und Pr., N. F. XXII. 9.

2) Cf. l. 5 §. 7 D. de don. int. V. et Ux. (24, 1), womit zu vgl. l. 1 §. 7 D. si quid in fraudem (38, 5), l. 3 §. 1 D. quae in fraudem (42, 8).

3) Cf. l. 5 C. de transact. (2,4), l. 7 C. de jur. et facti ignor. (1,18) mit l. 2 C. de errore adv. (2,10) und dazu Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 284.

4) L. 11 §. 9 (vgl. mit §. 8, 10, 11), l. 12 pr. D. de I. I. J. (11, 1), l. 26 §. 5 D. de noxal. act. (9, 4).

Restitutionsgrundes nur den Weg der Restitution offen.[5] Im Uebrigen darf dasselbe eben so allgemein sein, wie die Behauptung des Gegners, Thatsachen oder Rechtsverhältnisse betreffen, wenn es nur gewollt ist,[6] und, einerlei in welchem Stadium, zu den Acten des anhängigen Processes abgelegt wird.[7] Auch ist seine Wirksamkeit unabhängig von der Acceptation des Gegners, und wenn daher eine Thatsache von der einen Partei eingestanden wird, ohne zuvor von der anderen behauptet zu sein, so muß sie dem Richter nichtsdestoweniger als wahr gelten.[8]

2. Das Leugnen einer behaupteten Thatsache andererseits macht die Wahrheit derselben unter den Parteien streitig, muß also die behauptende Partei zur Uebernahme eines in seinem Erfolg jedenfalls zweifelhaften Beweises veranlassen, und ist deshalb

---

5) C. 3 X. de conf. (2, 18), c. 2 in VI. de in int. rest. (1, 21). Vgl. §. 49 Note 106, §. 53 Note 117, 118 und die Nachweisungen bei Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 293 fg. Dieser Schriftsteller hat das Verdienst, der schon bei früheren Juristen im Keim sichtbaren, von Weber a. a. O. Nr. IV. consequent durchgeführten Ansicht, daß die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses wie die des außergerichtlichen auf dem darin liegenden Zeugniß beruhe, widerlegt und die ältere Auffassung gerettet zu haben. Vgl. auch Savigny a. a. O. VII. §. 308.

6) Der Irrthum über den Gegenstand macht natürlich das Geständniß ungültig, vorausgesetzt, daß er bewiesen werden kann. Cf. l. 2 D. de conf. (42, 2) mit l. 83 §. 1 D. de V. O. (45, 1). Die Willens- und Dispositionsfähigkeit fällt mit der legitima persona standi in judicio zusammen. Die Dispositionsbefugniß kann durch das Object beschränkt sein, z. B. in Ehesachen — c. 5 X. de eo, qui cogn. (4, 13) —; bei Processen über den status ist das Bekenntniß der Auffassung einer Collusion und deren Wirkungen ausgesetzt — tit. D. 40, 16, C. 7, 20 de coll. deteg. —. S. auch §. 14 Note 9. Ueber die gewöhnlich behauptete Ungültigkeit des Geständnisses wegen Unmöglichkeit des Eingestandenen vgl. Savigny a. a. O. VII. §. 306, 307.

7) Pauli R. S. V. 5 A. §. 3.

8) Arg. l. 9 pr. D. de I. I. J. (11, 1), l. 1 C. si adv. cred. (2, 38). — Der obige Satz, welcher zu der Consequenz führt, daß der Kläger eine von ihm in der Klage zugegebene Einrede sogleich durch eine anticipirte Replik elidiren muß, ist von den Processualisten mit besonderer Beziehung auf die Einreden besprochen, und allgemein für die ipso jure wirkenden Einreden, von manchen Juristen aber auch für gewisse Exceptionen, namentlich für die Einrede der Verjährung und die exc. non adimpleti contractus anerkannt worden. Vgl. Glück: Commentar III. S. 515. Ein innerer Grund für solche Unterscheidungen liegt aber nicht vor, und am wenigsten sollte man sich, nachdem die Parteien einmal ihre Streitabsicht erklärt haben, auf das Verhandlungsprincip berufen, wie im Grunde auch wieder Maxen: Ueber Beweislast S. 86 thut, wenn er davon ausgeht, daß „das Exceptionsrecht ein Privatrecht des Beklagten, und seiner Disposition wie jedes andere ihm zustehende Recht unterworfen" sei. Dagegen erklärt Savigny V. S. 188, obschon er die Exception doch auch als ein selbständiges Recht des Verklagten ansieht (vgl. §. 17 Note 18), den Umfang des richterlichen Officium für unabhängig von jener Verschiedenheit der Einreden, und ganz unumwunden spricht sich für die im Text angenommene Meinung Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 302 Note 120a. aus.

als ein Mittel der Vertheidigung zu betrachten. Von mehreren selbständigen Thatsachen kann die eine zugestanden, die andere geleugnet werden, wogegen in dem Leugnen eines von mehreren Momenten, welche, wie z. B. die den Kaufvertrag begründenden gegenseitigen Zusagen, zusammen eine einzelne Thatsache ausmachen, stets ein Leugnen der ganzen Thatsache liegt.

Zweideutig ist der Widerspruch, wenn er sich an die individuelle Bezeichnung des behaupteten Factum heftet, z. B. an die Zeit seines Eintritts oder eine Eigenschaft des Gegenstandes, auf welchen sich dasselbe bezieht; jedenfalls enthält er dann kein Eingeständniß, ob wirklich ein Leugnen, hängt von der juristischen Bedeutung des in Frage stehenden Punctes ab.[9] Ein Gleiches kann bei Quantitäten vorkommen. Leugnet Jemand, 100 als Darlehn empfangen zu haben, so bleibt die Möglichkeit offen, daß die geliehene Summe 99 betragen, und das Leugnen reicht daher nicht soweit, wie die Behauptung, gegen die es sich richtet; dennoch aber ist weder das Ganze, noch irgend ein Theil als eingeräumt zu betrachten.

Ausdrücklich dagegen kann der Empfang eines bestimmten Theils bekannt, der eines anderen bestritten werden, weil sich ein Darlehn von 100 in mehrere Geschäfte dieser Art mit einem jener Summe gleichkommenden Gesammtbetrag auflösen läßt; nur bewirkt immerhin die Einheit des Geschäfts, daß der Beweis auf die ganze Summe (nicht bloß 60, sondern 100) zu richten ist, obschon das Mißlingen desselben die Wirkung des Geständnisses nicht wieder aufhebt. Jedoch hängt diese Auffassung genau mit der Einseitigkeit des Darlehnsvertrags zusammen, und ist darum auch nur bei einseitigen Verträgen anwendbar. Bei zweiseitigen Geschäften wird wegen der Beziehung, in welcher die gegenseitigen Leistungen zu einander stehen, unterschieden werden müssen, ob der Leugnende einen Nachtheil oder ob er einen Vortheil davon hat, wenn die in Frage stehende Quantität weniger beträgt, als der Gegner behauptet, oder mit anderen Worten, ob dieselbe ihm oder dem Gegner versprochen worden ist, ob also z. B. der auf Tradition der Waare gerichteten a. empti gegenüber der Verkäufer, oder der

9) So sind z. B. von juristischer Bedeutung der Zeitpunct des außerehelichen Beischlafs bei der Alimentenklage, die vertragsmäßig verabredeten Eigenschaften eines in genere bestimmten Objects, wenn auf Vertragserfüllung geklagt wird.

auf Zahlung des Preises gerichteten a. venditi gegenüber der Käufer entgegnet, der Kaufpreis sei nicht zu 100, sondern zu 60 festgestellt worden. Da, wenn die Parteien bei Abschluß des Vertrags über die Größe des verabredeten Preises im Sinne ihrer jetzigen Behauptungen geirrt, d. h. nicht consentirt hätten, der Vertrag im ersten Falle gültig, im anderen ungültig wäre,[10] so folgt, daß dort das theilweise Leugnen gar kein Leugnen, der Vertrag vielmehr eingestanden, hier das theilweise Eingeständniß gar kein Eingeständniß, der Vertrag vielmehr geleugnet ist. Man kann in diesem zweiten Falle von einem indirecten Leugnen reden, insofern die behauptete Thatsache nicht geradezu, sondern indirect durch die Behauptung einer anderen mit ihr unverträglichen Thatsache in Abrede genommen wird, und es möchte sich diese Bezeichnung besser empfehlen, als der vielfach gebrauchte Ausdruck „qualificirtes Geständniß," der sachlich ganz ungeeignet ist, und nur darin eine Art von Erklärung findet, daß die Aehnlichkeit, welche die opponirte Thatsache mit der jenseits behaupteten hat, den Schein eines Geständnisses erregt.[11]

Das indirecte Leugnen aber kommt auch in anderen Formen und Anwendungen vor, und ist ohne Schwierigkeit als das zu erkennen, was es ist, wenn die Behauptungen der Parteien rücksichtlich der Subjecte, des Objects oder der Gattungseigenschaften der in Frage stehenden Thatsache auseinander gehen. Wo es sich dagegen nur um Modalitäten dieser Thatsache handelt, entstehen Bedenken, die sich durch eine allgemeine Regel nicht lösen lassen; es ist dann auf die besondere Beschaffenheit des einzelnen Falles zu sehen. Betrifft die Differenz z. B. einen bloß zur Bezeichnung dienenden Punct, so ist sie irrelevant, während sie ein Leugnen in-

---

10) L. 52 D. locati (19, 2) vgl. mit l. 1 §. 4 D. de V. O. (45, 1).

11) Aus der zahlreichen Litteratur über diesen Gegenstand ist zu bemerken J. H. Boehmer: J. E. P. II. 18 §. 2, 3, Graffen: Diss. de confessione qualificata, Goett. 1769, Erf. 1783, Gönner: Handbuch II. 43 §. 14 fg., Weber a. a. O. VI. §. 42—45, Bornemann: Ueber die confessio qualificata im C. Pr. Hann. 1806, Linde: Abhandlungen I. 3, Schütz: Diss. de confessione qualificata, Tub. 1826, Gesterding: Ausbeute II. 4, A. W. Sam. Francke: Versuch über das qualificirte Geständniß, Kiel 1832, Mittermaier im Arch. für civil. Pr. XVI. 3, Brackenhoeft ebendas. XXII. 6, 8, Günther: Progr. de confessionis limitatae in judicio civili ad onus probandi inter partes litigantes definitione, vi ac momento, Lips. 1841, Hänel in der Zeitschr. für C. R. und Pr., N. F. I. 8, Götting das. III. 5, Pöschmann: Ueber die Natur des s. g. qualificirten Geständnisses im C. Pr., Leipzig 1863.

volvirt, sobald der bestrittene Punct unter den gegebenen Umständen für die juristische Beschaffenheit der Thatsache, mit der er zusammenhängt, von bestimmendem Einfluß ist. Häufig auch, und namentlich bei Verträgen, weicht die Antwort darin ab, daß sie der Position des Gegners einen Zusatz beifügt. Läßt sich ein solcher Zusatz als eine Nebenverabredung auffassen, welche sich wie dies und Resolutivbedingung auf die Geltendmachung oder den Fortbestand des jenseits behaupteten Geschäfts bezieht, so hat er, weil mit dessen Wahrheit vereinbar, den Character einer Einrede. Wenn er dagegen das fragliche Geschäft als nicht zur Perfection gekommen darstellt, wie er es z. B. thut, wenn er in dem Vorbehalt der schriftlichen Abfassung oder in einer dem Geschäft beigefügten unmöglichen Bedingung besteht, so enthält er ein indirectes Leugnen. Denn hier ist die Sache nicht etwa so zu denken, als ob die Vertheidigung des Antworters den Schluß von der behaupteten Willenseinigung auf die Existenz der streitigen Forderung als unstatthaft erscheinen lassen wolle, vielmehr stehen einander zwei Behauptungen gegenüber, welche nicht gleichzeitig wahr sein können, indem nach der einen Wille und Willenserklärung sich auf die Begründung eines Forderungsrechts gerichtet haben sollen, nach der anderen nicht. Eben so aber verhält es sich in der That mit der Suspensivbedingung. Der bedingte Vertrag ist, so lange die Bedingung schwebt, noch gar nicht zur Perfection gelangt, und verpflichtet deshalb den Promittenten auch nur negativ dahin, den Eintritt der Bedingung nicht zu hindern. Er selbst also und mit ihm der positive Effect, auf den er abzielt, ist in der Schwebe,[12] und wenn daher der Behauptung eines perfect gewordenen, d. h. unbedingten Vertrags gegenüber ein bedingter, d. h. nicht zur Perfection gelangter Vertrag behauptet wird, so kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß in dieser Antwort ein indirectes Leugnen enthalten ist.[13] — In allen Fällen der indirecten Verneinung nun

---

12) Dies allein entspricht der Ausdrucksweise der Quellen, wie denn auch im Fall der Deficienz der Bedingung das Geschäft, und keineswegs die durch das Geschäft bezweckte Obligation vernichtet wird, welche noch gar nicht zur Existenz gelangt ist. Cf. l. 4 pr., l. 8 D. de reb. cred. (12, 1), l. 19 D. de hered. vel act. vend. (18, 4), l. 8 pr. D. de peric. et comm. (18, 6), l. 20 §. 1 D. de praescr. verb. (19, 5), l. 10 §. 4 D. de jure dot. (23, 3), l. 2 §. 2 D. pro emt. (41, 4), l. 14 pr. D. de novat. (46, 2), l. 5 C. de peric. et comm. (4, 48), l. 25 pr. C. de donat. (8, 54), §. 4 I. de V. O. (3, 15), §. 4 I. de emt. et vend. (3, 23).

13) Diese Ansicht ist die in der Theorie und Praxis überwiegende. Vgl.

kann sich der Antworter statt derselben einer einfachen bedienen. Denn seine positive Behauptung ändert weder die Beweispflicht des anderen Theils, noch seine eigene, und kann als Object des directen Gegenbeweises auch noch in der Beweisinstanz aufgestellt werden.[14] Auch legt sie dem Gegner eben so wenig die Pflicht zu einer weiteren Erklärung auf, als sie ihm das Recht gibt, in diesem Proceß die eigene fallen zu lassen und die fremde zu substituiren.

Vom Beweise im Allgemeinen.*

§. 20.

Es hat sich gezeigt, daß von den Thatsachen, in welche als in seine realen Erscheinungsformen das ideale Streitverhältniß

Gönner a. a. O. II. 43 §. 16, Weber a. a. O. VI. §. 42—44, Linde a. a. O. I. S. 116 fg., Hasse im Rhein. Mus. III. S. 134 fg., Arndts ebendas. S. 215, Heffter in der Ausgabe von Weber: Verbindlichkeit, 3. Aufl. S. 246, Albrecht: Die Exceptionen S. 194, 207, Knappe: Versuch einer Entwickelung des Begriffs der Exceptionen S. 107 fg., S. 123 fg., Pfordten in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. III. Nr. 23 S. 358 fg., Götting in der Zeitschr. für C. R. und Pr., N. F. III. S. 165 fg., und ganz besonders die gründliche Ausführung dieser Ansicht von Rob. Schneider in der Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königr. Sachsen, N. F. IX. 1, X. 14, 17. Dagegen fehlt es auch nicht an Juristen, welche in der Behauptung, daß der vom Gegner angeführte Vertrag unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen worden sei, ein Geständniß des angeführten Vertrags in Verbindung mit einer Einrede finden, deren Beweis sie vom Verklagten fordern. So z. B. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 354, Kierulff: Theorie des gemeinen C. R. I. S. 299 fg. Note *, Savigny V. S. 155, 158, Puchta: Pandecten §. 97 und Vorlesungen I. S. 204 fg., Wächter: Handbuch des im K. Würtemberg geltenden Privatrechts II. 2 S. 437, 450 fg., S. 494 fg.

14) Dem steht nicht entgegen, daß der Verklagte nach dem J. R. A. §. 37 gleich im ersten Termin auf die Klage anzeigen soll, „ob und worin das Factum anders als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte." Denn das am Schluß des §. angedrohte Präjudiz der Präclusion bezieht sich nicht hierauf, sondern auf die unmittelbar vorher erwähnten Einreden.

* Die einschlagenden Titel der Quellen s. bei §. 15 Note *. Die Schriften, die sich auf den Beweis im Allgemeinen beziehen, sind Lanfrancus de Oriano: Solennis repetitio super c. quoniam contra falsam, de probat. et clem. saepe, de V. S., (zusammen mit der Practica des Baldus) Lugd. 1515 8. und öfter, Joa. Oldendorp: De probationibus et testibus, Colon. 1567 8., Jos. Mascardus: Conclusiones probationum, Venet. et Francof. 1588 fol. und öfter, Tevenar: Theorie der Beweise im C. Pr., Magdeb. und Leipz. 1780, mit Anmerkungen von Jury, Magdeb. 1805, Reitemeier: Die Wahrheit vor Gericht, Frankf. a. O. 1802, Schneider: Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerl. Rechtssachen, Gießen 1803, ed. von Hofmann, Gießen 1842, Nowak: Der gerichtliche Beweis zum allgemeinen rechtlichen Gebrauche, vorzüglich in Böhmen, nach theoretischen und practischen Grundsätzen dargestellt, Prag 1805, Globig: Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen und juristischen Beweises, Regensb.

zum Zweck des Beweises aufzulösen ist, die eingestandenen dem Richter als wahr gelten, die geleugneten von der sie behauptenden Partei als wahr dargestellt werden müssen. Demnach ist der Kläger zum Beweise der streitigen Klagthatsachen und Repliken, der Verklagte zum Beweise der streitigen Einreden und Dupliken verpflichtet, einerlei ob das in Frage stehende Factum ein positives oder ein negatives ist. Und in der Beweispflicht (onus probandi) liegt dies, daß die zu beweisende Thatsache, falls ihr Beweis mißlingt, nicht als wahr gilt, ohne daß der Gegner erst noch die Unwahrheit derselben zu beweisen braucht. Zwar ist es dem Gegner unbenommen, das Gelingen des Beweises durch den Gegenbeweis, reprobatio, d. h. dadurch zu verhindern, daß er die Unwahrheit der zu beweisenden Thatsache, also ihr gerades Gegentheil, oder, was gleichviel ist, ihre Unmöglichkeit oder eine sie ausschließende Thatsache darthut.[1] Der Gegenbeweis ist aber nur von eventueller Bedeutung und hat insofern Aehnlichkeit mit dem Beweise einer selbständigen Gegenbehauptung, welcher auch nur dem gelungenen Beweise des vorausgegangenen Angriffs gegenüber von Vortheil ist;[2] er kommt bloß dann in Betracht, wenn der Hauptbeweis (ganz oder theilweise) gelingt. Indeß unterscheidet er sich vom Beweise einer selbständigen Gegenbehauptung doch wieder darin, daß er weder selbst einen Gegenbeweis zuläßt,[3] noch durch

---

1806, Collmann: Grundlinien einer Theorie des Beweises im C. Pr., Braunsch. 1822, Gensler im Arch. für civ. Pr. I. 2, Mittermaier ebendas. VI. 17, Linde: Abhandlungen I. 2, Bentham: Theorie des gerichtl. Beweises, Berl. 1838, Fitting: Ueber den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis und verwandte Fragen, Erl. 1853, Langenbeck: Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Jena 1858—1861, Endemann: Die Beweislehre des C. Pr., Heidelb. 1860.

1) Im R. R. wird der eigentliche Gegenbeweis nur selten erwähnt, z. B. in l. 14 C. de contr. et comm. stip. (8, 38), l. 24, l. 25 §. 4 D. de prob. (22, 3), l. 13 C. de n. n. pec. (4, 30), wogegen l. 14 D. de prob. und l. 39 pr. D. de lib. causa (40, 12) nicht wohl auf ihn bezogen werden können. Ausgebildet findet er sich aber im C. R. — c. 16, 26, 28, 35, 44 X. de test. (2, 20), c. 5 X. de prob. (2, 19) (nicht entgegen c. 6 X. eod. wegen der hier zu unterstellenden Publication der Zeugenaussagen) — und ist aus diesem in die Praxis übergegangen. Vgl. Mittermaier a. a. O. VI. 17 §. 1, Fitting a. a. O. §. 11.

2) Daher die ganz ungeeignete und nur auf Irrwege führende Bezeichnung „reprobatio indirecta" für den Beweis der Einreden im Gegensatz zu der eigentlichen, welche „directa" genannt wird. Vgl. Fitting a. a. O. §. 12.

3) „Reprobatio reprobationis non datur," welche Rechtsparömie ihren Grund theils in der für den Hauptbeweis angesetzten Frist, theils in den über die Collision der Beweismittel geltenden Grundsätzen hat. Nicht entgegen c. 49 X. de test. (2, 20) und c. 2 in VI. eod. (2, 10), welche Stellen vom Beweise

den Beweis eines neuen Gegenangriffs elidirt, noch durch einen nothwendigen Eid ergänzt oder zerstört, noch auch durch Eidesdelation geführt werden kann.[4] Wenn daher im heutigen Proceß der Richter den Beweis regulirt, behält er dem Probaten den Gegenbeweis nur vor, während er nicht bloß über die Klagthatsachen, sondern zugleich über die Einreden, Repliken, Dupliken, natürlich in eventueller Folge, den Beweis auferlegt.

Obgleich aber regelmäßig die behaupteten relevanten Thatsachen, welche geleugnet worden sind, des Beweises bedürfen, so gilt dies doch nicht von allen. Denn wenn

1. eine Behauptung bestritten, der ihr unmittelbar nachfolgende Gegenangriff aber eingestanden worden ist, so kommt der Regel nach nichts mehr darauf an, ob jene wahr ist, oder nicht, da sie auf die Entscheidung der Sache keinen Einfluß hat. Es wird also z. B. der Beweis der Klagthatsachen durch das Geständniß einer Einrede, der Beweis einer Einrede durch das Geständniß einer ihr entgegengesetzten Replik unnöthig gemacht.[5] Nur in zwei Fällen verhält sich dies anders. Nämlich a. wenn dem zugestandenen Gegenangriff ein neuer Gegenangriff opponirt worden ist, sollte dieser gleich selbst wieder eingeräumt sein, indem der letzte Gegenangriff (z. B. die Replik), einerlei ob sofort zugestanden oder demnächst bewiesen, den vorausgehenden (die Einrede) beseitigt, und damit auf den Beweis des früheren, bestrittenen Angriffs (des Klaggrundes) zurückführt. Und sodann b. auch abgesehen von dieser besonderen Voraussetzung bei der Compensationseinrede, weil die absolutorische Sentenz eine verschiedene Wirkung hat, jenachdem sie auf Grund der Gegenforderung oder in Folge des Mißlingens des Klagbeweises ergeht.

2. Auch Rechtssätze brauchen nicht bewiesen, ja nicht einmal angeführt zu werden. Obschon sie in einem weiteren Sinne Thatsachen zu nennen sind, werden sie doch den rechtserzeugenden Thatsachen entgegengesetzt, und nach der Regel „Jura novit curia“

---

der Beweiseinreden handeln. Vgl. J. H. Boehmer: J. E. P. II. 20 §. 14 und überhaupt Wolfarth: Ueber den Satz „reprobatio reprobationis non datur,“ München 1826.

4) L. 14 §. 3 C. de non num. pec. (4, 30), c. 2 X. de prob. (2, 19) und dazu Carrach: De reprobatione per delationem jurisjurandi illicita, Hal. 1737.

5) Arg. tit. D. quarum rerum actio non datur (44, 5), l. 9 pr. §. 5 D. de jurejur. (12, 2), l. 7 §. 6 D. ad S. C. Maced. (14, 6).

als dem Richter bekannt angenommen.[6] Nur scheinbar findet hiervon eine Ausnahme bei solchen Rechtssätzen Statt, deren officielle Kenntniß dem Richter nicht zugemuthet werden kann, weil sie einem fremden Recht angehören,[7] oder auf Gewohnheit beruhen.[8] Denn wenn der Richter nach unserer Praxis im Falle des Widerstreits der Parteien solche Rechtssätze wie gewöhnliche Thatsachen in den Beweissatz aufnimmt, so liegt darin nur soviel, daß er das zu seiner Instruction erforderliche Material von derjenigen Partei fordert, welche sich in ihrem Interesse auf die Existenz der fraglichen Rechtssätze berufen hat; die Anwendung aller Regeln der Beweistheorie folgt daraus nicht.[9] Eben so wenig kann das aus gegebenen Thatsachen zu ziehende Urtheil Gegenstand des Beweises sein, da weder die Gutachten von Rechtsgelehrten (falls sie nicht in Form von Urtheilen vermittelst der Actenversendung durch den Richter selbst eingezogen worden sind), noch die Präjudicien höherer Gerichte die in dieser Beziehung selbständige Ueberzeugung des Richters binden dürfen.[10] Wenn es sich jedoch um eine technische Beurtheilung handelt, bei welcher Regeln einer Kunst oder Wissenschaft zur Anwendung kommen, so soll sich der Richter das ihm abgehende Urtheil durch Sachverständige suppeditiren lassen, welche der Sache nach als seine Gehülfen, der Form nach aber allerdings wie Beweismittel zu behandeln sind.[11]

3. Mitunter sind selbst reine Thatsachen unleugbar und deshalb eines Beweises nicht bedürftig, und so geartete Thatsachen nennt man mit einem dem R. R. entlehnten Ausdruck notorisch.[12] Dieser Sprachgebrauch findet zwar im R. R., welchem der Begriff der Notorietät überhaupt fremd ist,[13] keinen Anhalt, da die in

---

6) C. 44 X. de appell. (2, 28).

7) Vgl. Mittermaier im Arch. für civ. Pr. XVIII. 4.

8) Vgl. Puchta: Das Gewohnheitsrecht II. S. 169 fg.

9) Puchta a. a. O. II. S. 182 fg.

10) L. 13 C. de sent. et interloc. (7, 45): „— non exemplis sed legibus esse judicandum."

11) Das Nähere hierüber und namentlich über die Actenversendung wird unten in der Lehre von der richterlichen Thätigkeit §. 44 vorgetragen werden.

12) Ueber die Notorietät vgl. Ant. de Butrio: Tr. de notorio, in Tract. univ. jur. IV., Sam. Stryk: De notorio, in Opusc. XII. 4, Gönner: Handbuch II. 37 §. 11, Weber: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung Nr. III., Gensler im Arch. für civ. Pr. I. 21, Gesterding: Nachforschungen II. S. 351 fg., Langenbeck: Diss. de notoriis, natura eorum et auctoritate in proc. civ. Gott. 1856, und: Die Beweisführung S. 150 fg.

13) Die l. 3 §. 2 D. de test. (22, 5) [„consentiens fama"] gehört gar nicht hierher; dagegen könnte man Anklänge an das, was wir notorisch nennen,

seinen Quellen vorkommenden „notoria“ officielle Anzeigen (elogia) von Unterbeamten über begangene Verbrechen sind, und mit der Beweisfrage Nichts zu thun haben.[14] Die Glossatoren aber bezogen die notoria auf offenkundige Verbrechen, deren Urheber, wie sie annahmen, mit einer Anzeige eingeliefert und ohne Weiteres bestraft werden sollten,[15] und hierdurch verleitet nannten seit dem Ende des 12. Jahrhunderts auch das C. R. und die Canonisten offenkundige Vergehen, obwohl mitunter noch delicta manifesta, so doch gewöhnlicher delicta notoria.[16]

Indeß wurde dieser neue Ausdruck nicht für einen neuen, sondern für einen seit lange vom C. R. gekannten und practisch verwertheten Begriff geschaffen. Denn schon frühe hatte das C. R. die Notorietät in Beziehung zur kirchlichen Disciplin gesetzt.[17] Da diese dabei interessirt war, daß offenkundige Vergehen nicht ungestraft blieben, so sollte es, wo ein solches vorläge, weder der Anklage[18] mit förmlichem Verfahren[19] und Gestattung der Appellation,[20] noch des Beweises[21] oder Reinigungseides[22] bedürfen, und die nach der Natur des Vergehens etwa ipso jure eintretende Suspension vom Amte ohne richterlichen Spruch sofort auch für die

in l. 9 §. 2 D. de J. et F. ign. (22, 6) [„si omnes in civitate sciant“], l. 213 §. 2, l. 223 pr. D. de V. S. (50, 16) [„quod omnes intelligunt“] finden, ohne daß daraus auf einen feststehenden juristischen Begriff geschlossen werden dürfte.

14) L. 6 §. 3 D. ad S. C. Turp. (48, 16), l. 7 C. de accus. (9, 2) vgl. mit l. 6 D. de cust. reor. (48, 3). Cf. Brissonius de V. S. s. v. notoria und s. v. elogia.

15) S. die Nachweisungen bei Biener: Beiträge zur Geschichte des Inqu. Pr. S. 79.

16) Diese Bezeichnung findet sich zuerst in Decretalen Alexander's III. [c. 3 X. de test. cog. (2, 21), c. 13 X. de appell. (2, 28), c. 13 X. de simon. (5, 3), Decr. Alex. III. Cod. Cassel. tit. XXI. c. 6 und bei Labbeus: Concil. tom. XIII. col. 474], dann bei Lucius III. in c. 7 X. de cohab. cler. (3, 2) und nachher regelmäßig bei Innocenz III. und den Canonisten.

17) Cf. c. 15, 16 (Nicol. I. c. a. 868), 17 (Steph. V. c. a. 885) C. 2 qu. 1.

18) C. 15, 16 C. 2 qu. 1, c. 21 X. de jurejur. (2, 24) [„secundum traditiones canonicas manifesta accusatione non indigent“], c. 8 X. de cohab. cler. (3, 2), c. 9 X. de accus. (5, 1).

19) Gratian. ad c. 17 C. 2 qu. 1, c. 3 X. de test. cog. (2, 21), c. 21 X. de jurejur. (2, 24).

20) C. 13, 14, 32, 61 X. de appell. (2, 28), c. 3 §. 5 in VI. eod. (2, 15). — Eigentlich handelt es sich in diesen Stellen wohl nur um den Suspensiveffect.

21) C. 17 C. 2 qu. 1, c. 23 X. de elect. (1, 6), c. 10 X. de filiis presbyt. (1, 17), c. 3 X. de test. cog. (2, 21), c. 8 X. de cohab. cler. (3, 2), c. 3 X. de eo, qui cogn. (4, 13), c. 1 §. 4 in VI. de cens. (3, 20).

22) C. 15 X. de purg. can. (5, 34) vgl. mit c. 2 C. 15 qu. 5, c. 11 X. de simonia (5, 3).

Laien bindend sein.[23] Sporadisch aber findet sich die Notorietät auch auf Gebieten berücksichtigt, auf denen es sich nicht um die Verfolgung von Vergehen handelt, z. B. in Ehesachen, bei der Prüfung geistlicher Wahlen, bei der Amotion des Sohnes eines Priesters von dem väterlichen Amte,[23a] und hier hat sie keine andere Bedeutung als die, den Beweis unnöthig zu machen. Dies ist daher nach C. R. allein die specifische, weil allgemein eintretende Wirkung der Notorietät.

In überraschender Weise aber stimmen hiermit die alten deutschen Rechte überein, welche die Notorietät früher kannten, als das C. R.,[24] und ihr, ohne zwischen Civil- und Strafsachen zu unterscheiden, überall die eine Wirkung[24a] beilegten, daß sie jeden anderen Beweis ausschließe. Nur war die damit nach canonischem und heutigem Recht gleichbedeutende Unleugbarkeit der notorischen Thatsachen im deutschen Proceß doch von beschränkterer Bedeutung. Denn da nach dessen eigenthümlichem Beweissystem der Regel nach nicht der Kläger den Beweis der Klage, sondern der Verklagte den Beweis der Nichtschuld, und zwar durch seinen Eid zu führen hatte, so mußte der Verklagte, wenn er der Klage gegenüber nicht bekennen, sondern leugnen wollte, sich der Klage mit seinem Eide entziehen, d. h. sein Leugnen eidlich bestärken. Und sollten daher die notorischen Thatsachen, auf welche die Klage sich etwa gründete, den Beweis ausschließen, so lag darin zugleich, daß sie vom Verklagten nicht eidlich geleugnet werden konnten.[25] In diesem qualificirten Sinne ist es mithin zu nehmen, wenn im 14. und 15. Jahrhundert das, was „kuntlich" ist, häufig daneben „unlogenbar" genannt wird.[25a] Die hervorgehobene Uebereinstimmung

---

23) C. 7, 10 X. de cohab. cler. (3, 2). Vgl. auch c. 24 X. de appell. (2, 28).

23a) Cf. c. 3 X. de eo, qui cogn. (4, 13), — c. 23 X. de elect. (1, 6), — c. 10 X. de fil. presbyt. (1, 17).

24) Vgl. die den Volksrechten entlehnten Stellen der Note 27a mit c. 16, 17 C. 2 qu. 1, die von den Päpsten Nicolaus I. (c. a. 868) und Stephan V. (c. a. 885) herrühren. Daß diese Stellen auf Galat. 5, 19 und des Ambrosius Erklärung von 1. Cor. 5 Bezug nehmen, kann nicht in Betracht kommen.

24a) Ueber die Vollstreckbarkeit der kuntlichen Schult vgl. Note 27a a. E.

25) Vgl. die Citate der Note 27.

25a) Vgl. Meibom: Das deutsche Pfandrecht S. 211 fg., welcher übrigens mit Recht darauf aufmerksam macht, daß zwar das, was kuntlich, auch unlogenbar, nicht aber alles Unlogenbare auch kuntlich ist, weil der Eid nicht bloß durch die Kuntlichkeit, sondern in denjenigen Fällen, in welchen sich der Kläger des Zeugenbeweises bedienen darf, ebensowohl durch diesen ausgeschlossen wird. Vgl. auch Hänel: Das Beweissystem des Sachsenspiegels S. 178 fg.

stimmung des deutschen und des canonischen Rechts aber kann nicht wohl zufällig sein, das eine wird auf das andere bestimmend eingewirkt haben, und daß dies das deutsche Recht gewesen ist, wird, wie schon aus den allgemeinen Verhältnissen[26] und der Zeitfolge, so insbesondere daraus geschlossen werden dürfen, daß jener mit der Notorietät in so naher Beziehung stehende Eid, allerdings in modificirter Anwendung, nachweislich (als Reinigungseid, purgatio canonica) auch aus dem deutschen in das canonische Recht übergegangen ist.[26a]

Welche Thatsachen sind nun aber notorisch und so beschaffen, daß sie nicht geleugnet werden können? Auf diese Frage geben die beiden Rechte verschiedene Antworten. Nach der Auffassung des deutschen Rechts hat das Gericht, dem der Beweis nur die mangelnde eigene Kenntniß der relevanten Thatsachen ersetzen soll,[27] als des Beweises nicht bedürftig und daher immer auch als (eidlich) unleugbar alles dasjenige anzusehen, wovon es als Gericht bereits Kunde hat. Also 1. die von ihm sinnlich wahrgenommenen gerichtlichen Vorgänge und von ihm vollzogenen gerichtlichen Handlungen, wenn es darüber auf Verlangen einer Partei eidliches Zeugniß ablegt (Gerichtszeugniß), 2. die ihm im Laufe des Verfahrens von einer Partei zu sinnlicher Wahrnehmung gebrachten thatsächlichen Zustände (leibliche Beweisung oder Beweis schlechthin), 3. die handhafte That, die es durch Vermittelung eines dem auf der That ergriffenen und mit „Gerüchte" vorgeführten Verbrecher anhaftenden Zeichens (z. B. des dem Mörder an der Hand klebenden Blutes) und unter ergänzendem Hinzutritt eines vom Ankläger und den Schreimannen zu leistenden Schwures wahrnimmt.[27a] —

---

26) Vgl. §. 2 zu Note 4.

26a) Dies hat Hildenbrand: Die purgatio canonica und vulgaris §. 7—17 nachgewiesen.

27) Vgl. Hänel a. a. O. S. 87.

27a) Ueber das sächsische Recht, welches diese Fälle am eingehendsten behandelt, vgl. Homeyer im Register zum Sächs. Ldr. s. v. Beweis, Handhafte That, Zeugniß (Gerichtszeugniß), so wie: Der Richtsteig Landrechts S. 475—479, S. 443 fg., Hänel a. a. O. §. 9, und im Uebrigen ad 1. leg. Rachis c. 1, Burch. Worm. stat. c. a. 1024 c. 17, 22, Schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 11 (vgl. mit c. 12 §. 2, c. 162, 235 §. 2), Kayserr. I. 14, — ad 2. lex Rib. LX. 4, Schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 25 §. 5 a. E. — ad 3. l. Rib. XLI. 2, Pactus pro tenore pacis Child. et Chloth. c. 2 (und über das hier und öfter vorkommende „ligare" Siegel: Gesch. des deutschen G. V. I. S. 78—80, Sohm: Der Pr. der lex Salica §. 17), Conv. Ticin. a. 850, leg. ab Imp. prom. c. 3, Schwäb. Ldr. c. 82, 247, 267, — und über das Ganze auch Sachße: Das Beweisverfahren §. 18, 19. Die

Das C. R. dagegen überläßt dem richterlichen Ermessen, im einzelnen Falle zu entscheiden, ob eine Thatsache so offenbar sei, daß sie nicht ohne Chicane geleugnet werden könne, bezeichnet demnach als notorisch „quod tergiversatione aliqua non possit celari,“[28] und nimmt damit gleichbedeutend das „pluribus notum“, „publicum“, oder „publicum ex evidentia“, die „evidentia rei“. Zwar haben es die Päpste nicht an legislatorischen Versuchen fehlen lassen, die Fälle der Notorietät zu specialisiren, und dadurch aus der subjectiven Willkühr heraus zu juristisch bestimmten Begriffen zu gelangen, d. i. in der Sprache der Canonisten dem notorium facti ein notorium juris zu substituiren. So wurde schon von Nicolaus I. und dann von Alexander III. für die Ausschließung des Reinigungseides ein „legitime manifestum“, d. h. ordnungsmäßiger Beweis oder gerichtliches Bekenntniß gefordert,[29] und von Lucius III. den Laien die Abstinenz von der Messe eines in offenkundigem Concubinat lebenden Geistlichen nur nach erfolgtem Bekenntniß oder Urtheil gestattet.[30] Allein Innocenz III., das Unzulängliche und Beengende dieser Bestimmungen erkennend, setzte wieder den durch Bekenntniß und Urtheil festgestellten Thatsachen ganz allgemein die unleugbaren zur Seite,[31] und hierbei ist es von da an geblieben. Daß die italienische Doctrin neben dem notorium juris und facti mit Rücksicht darauf, daß in gewissem Sinn auch die Präsumtionen vom Beweise befreien, noch ein notorium praesumtionis annahm,[32] und zur Aufklärung

const. contra incendiarios a. 1187 geht vom canonischen Begriff der Notorietät aus. — Uebrigens ist die Notorietät einer Schuld noch etwas Anderes als die Notorietät einer Thatsache; diese erfordert immer noch ein gerichtliches Urtheil, während jene die parate Execution begründet. „Kuntlich“ ist eine Schuld aber auch nur dann, wenn sie durch richterliches Urtheil oder durch ein vor Gericht abgelegtes Schuldbekenntniß oder Gelöbniß begründet ist. Das Recht der Privatpfändung ist jedoch an die Kuntlichkeit der Schuld nicht geknüpft. Vgl. Meibom a. a. O. S. 42—55, 190—197, Sohm a. a. O. §. 5 a. E. §. 8.

28) So can. 17 cit. (nach der angeführten Stelle des Ambrosius) und Gratian. ad h. l., c. 8, 10 X. de cohab. cler. (3, 2), c. 15 X. de purg. can. (5, 34), c. 24 X. de V. S. (5, 40).

29) C. 2 C. 15 qu. 5, c. 11 X. de simon. (5, 3). Vgl. auch conc. Duziacense bei Labbeus l. c. XI. col. 263.

30) C. 7 X. de cohab. cler. (3, 2).

31) C. 61 X. de appell. (2, 28), c. 10 X. de cohab. cler. (3, 2), c. 24 X. de V. S. (5, 40).

32) Tancredus: Ordo jud. II. 7 §. 1 erwähnt nur das notorium juris und facti; das notorium praesumtionis kommt daneben vor bei Joa. Teutonicus s. v. manifesta] ad c. 15 C. 2 qu. 1, Bernardus Parm. s. v. notorium] ad c. 7 X. de cohab. cler., Innocent. ad c. 8 X. de

des notorium facti drei Arten von Thatsachen, das factum actu permanens, actu interpolatum und actu transiens unterschied,[33] war von keinem dauernden Belang. Diese scholastischen Subtilitäten geriethen in Deutschland gar bald in Vergessenheit, und wirklich ist die Anwendbarkeit der Notorietät auf civilrechtliche Verhältnisse das Einzige, was durch die Italiener[34] zu allgemeiner und bleibender Geltung gebracht worden ist.[35]

Inzwischen haben sich die neueren Juristen nur zum geringeren Theile bei der canonischen Begriffsbestimmung beruhigt;[36] die Mehrzahl hat dem Character des neuern Processes gemäß, welcher in Fragen des Rechts dem richterlichen Ermessen entschieden abhold ist, den von der päpstlichen Gesetzgebung erfolglos gemachten Versuch erneuert, und die Eigenschaft der Notorietät für gewisse Erscheinungsformen thatsächlicher Zustände und Ereignisse ein für alle Mal in Anspruch genommen.[37] Hierbei kann es sich selbstver-

---

cohab. cler. nr. 1—4, Henricus Host.: Summa aurea in rubr. de coh. cler. §. quid sit notorium, Guil. Durantis: Spec. jur. II. 2 de probat. §. 3 nr. 9, III. 1 de notor. crim. §. 8 nr. 1, Ant. de Butrio ad c. 7 X. de coh. cler.

33) So Joa. Teutonicus l. c., Innocent. ad c. 8 de coh. cler. nr. 2, Dur. III. 1 de not. crim. §. 8 nr. 8, Jac. Butrigarius ad l. 11 C. de appell., Bartolus ad l. 4 D. de relig. nr. 4, ad l. 11 C. de appell., Baldus ad l. 9 C. de his, quibus ut indignis nr. 3 und viele Andere. Man benutzte diese Eintheilung, um die Wirkungen der Notorietät genauer zu begrenzen, und unterschied in ähnlichem Sinne gegen den Sprachgebrauch des C. R. zwischen notorium und manifestum („manifestum probationi subjicitur“). Cf. Joa. Teutonicus l. c., Henr. Host. in rubr. de coh. cler. §. quid sit notorium, Dur. III. 1 de not. crim. §. 5 nr. 1, Bart. ad l. 4 D. de relig. nr. 2, ad l. 11 C. de appell., Baldus ad l. 9 C. de his, quibus ut indignis, nr. 2, Ant. de Butrio ad c. 1 X. qui matr. accus. poss. nr. 5.

34) Tancredus: Ordo jud. III. 5 §. 6, Innoc. ad c. 8 X. de coh. cler. nr. 10, Bart. ad l. 4 D. de relig. nr. 12, Joa. ab Imola ad l. 15 D. de damno inf. nr. 26, Lud. Romanus ad l. un. pr. D. si quis jus dic. n. obt. nr. 8, Ant. de Butrio ad c. 7 X. de cohab. cler. nr. 37, ad c. 12 X. de cens. nr. 10, ad c. 23 X. de V. S. nr. 11, Jason ad l. 5 §. 1 D. qui satisd. cog. nr. 11, 12.

35) Vgl. z. B. Gaill: Obs. II. 46 nr. 21, Mynsinger: Obs. VI. 3, Zanger: De except. II. 16 nr. 15, Carpzov: Definit. III. 18 d. 15 nr. 1, 2, Lyncker: Consult. LX. 6, Mevius: Decis. VII. 155 nr. 9, VIII. 202 nr. 1, 2, Stryk l. c. (Note 12). — Sehr entrüstet spricht sich über die Theorie des C. R. J. H. Boehmer: J. E. P. II. 1 §. 5 aus, ohne daß man jedoch ersieht, ob er sie aus dem Gebiet des C. Pr. wirklich wieder verdrängen wolle (vgl. auch II. 19 §. 2).

36) Puchta: Gewohnheitsrecht II. S. 163, Bayer: Vorträge §. 226.

37) Gensler a. a. O. I. 21, Linde: Lehrbuch §. 254, Heffter in den Zusätzen zu Weber's Verbindlichkeit, 3. Aufl. S. 196, Schmid: Handbuch II. §. 219 — welche jedoch im Einzelnen wieder sehr auseinandergehen. Ob Langenbeck: Die Beweisführung S. 160 fg. hierher zu zählen sei, ist nicht ganz klar; die Aufzählung einzelner Fälle der Notorietät scheint bei ihm den Sinn

ständlich nicht um eine Abänderung, sondern nur um die Explication des vom C. R. aufgestellten Begriffes handeln, und es fragt sich daher vor Allem, welcher Gesichtspunct für die Annahme einer Chicane maaßgebend sei, ob der Antworter sich einer Chicane durch das wahrheitswidrige Leugnen einer ihm bekannten, oder durch das frivole Leugnen einer dem Gericht als solchem bekannten Thatsache schuldig mache.[38] Da nach beiden Gesichtspuncten keine andere als die aus allgemeinen Gründen vorauszusetzende Kenntniß, also nicht eine rein zufällige in Betracht kommen würde, so entscheidet für die zweite Alternative der Umstand, daß das Gericht, um bei dem Antworter die Kenntniß einer Thatsache unterstellen zu können, selbst bereits von der Existenz derselben überzeugt sein müßte. Läßt sich mithin doch nur das Leugnen gerichtskundiger Thatsachen von vornherein als chicanös annehmen, so ist nicht abzusehen, warum derartige Thatsachen dann nicht als notorisch und unleugbar gelten sollten, wenn sie dem Antworter unbekannt sind. Denn auch wo dies der Fall ist, liegt in ihrem Leugnen immer noch eine Chicane, weil das Leugnen das Verlangen eines Beweises ausdrückt, und dieses Verlangen nicht bloß objectiv, sondern auch subjectiv unberechtigt in Bezug auf Thatsachen ist, deren Kenntniß aus allgemeinen Gründen mit Sicherheit beim Gericht unterstellt werden kann. Demnach ist die Notorietät nichts Anderes als Gerichtskundigkeit, und da von eben dieser Grundlage auch der altdeutsche Proceß ausgeht, so wird es leicht sein, nach dessen Vorbild und Anleitung, jedoch unter Berücksichtigung der mit dem Verfahren und der richterlichen Stellung im Laufe der Zeit vorgegangenen Veränderungen, die Kategorien der gerichtskundigen Thatsachen zu bestimmen. Als gerichtskundig sind zu betrachten:

a) thatsächliche Zustände, welche der Richter unmittelbar mit seinen Sinnen (Augenschein) wahrzunehmen im Stande ist,[39]

---

einer Exemplification zu haben. Nach der Meinung von Weber a. a. O. (Note 12) III. 2 und Collmann a. a. O. (Note *) S. 125—129 soll die Notorietät im C. Pr. überhaupt keine Anwendung finden.

38) Zweideutig ist die C. C. C. art. 16.

39) Der Augenschein kommt schon im R. R. vor, gewöhnlich in Verbindung mit Sachverständigen. Cf. Quinctil. I. O. V. 5 §. 2, l. 2 D. de feriis (2, 12), l. 32 D. de minor. (4, 4), l. 8 §. 1 D. fin. reg. (10, 1), l. 3 C. eod. (3, 39), l. 1 C. Th. eod. (2, 26), l. 1 §. 6 D. de ventre insp. (25, 4), l. 22 C. de adm. tut. (5, 37) („operis testificatione“), l. 4 pr. D. de damno inf. (39, 2), l. 1 C. de can. frum. (11, 22). — Vom Verfahren bei Aufnahme des Augenscheins wird in §. 44. sub I. 1 die Rede sein.

namentlich auch Willensacte, die sich in schriftlicher Form verkörpert haben;[40] ferner

b) alle gerichtlichen und eben deshalb dem Richter aus eigener Wissenschaft bekannten Vorgänge, insbesondere die gerichtlichen Verfügungen und die von Dritten vor Gericht vorgenommenen Handlungen, sofern sie nur, wie es der heutige Geschäftsbetrieb fordert, durch protocollarische Aufzeichnung dem Gedächtniß des Gerichts erhalten sind,[41]

c) diejenigen Thatsachen, von denen dem Richter officielle Kunde durch die Staatsbehörden gegeben wird, wie die Verhältnisse der Landesorganisation, der Landesverwaltung, des Staatsdienerpersonals u. s. w.,[42] und endlich auch

d) gewisse Vorgänge des weltgeschichtlichen und Naturlebens, deren Kenntniß ein Gemeingut aller verständigen Menschen ist, und deshalb auch dem Richter nicht erst durch Beweis gegeben zu werden braucht.[43]

Diese Thatsachen sind es, welche nach dem aufgestellten Gesichtspunct als unleugbar anzusehen und somit eines Beweises nicht bedürftig sind. Der Richter hat oder verschafft sich ihre Kenntniß wie die des Rechts von Amts wegen,[44] und es kann also auch nicht einmal darüber, daß Etwas notorisch sei, Beweis gefordert werden.[45] Dagegen ist es den Parteien nicht erlassen,

---

40) Die Anwendung hiervon in §. 24. Eine durch schriftliche Testamente und sogar durch öffentliche Urkunden begründete Notorietät nahmen schon die italienischen Juristen an. Cf. Cynus ad l. 3 C. de ed. D. Hadr. toll., Bart. ad eand. leg. nr. 17, Jo. Andreae in add. ad Spec. III. 1 de not. crim. §. 8 nr. 2, Baldus ad l. 9 C. de his, quibus ut indignis, nr. 5.

41) Also jedenfalls die Vorgänge der peinlichen und administrativen Justiz (Vormundschaften, Prodigalitätserklärungen u. s. w.), im rechten Sinne aber auch die der streitigen, wofern man nur absieht von der Beweiskraft der in anderen Acten vorkommenden Geständnisse, Zeugenaussagen und dergleichen; ob die der freiwilligen, hängt von der Bedeutung ab, welche die Mitwirkung des Gerichts hat, wie denn z. B. die Aufnahme eines Vertrages an sich etwas Anderes ist, als die Eintragung eines Pfandrechts in die öffentlichen Hypothekenbücher. Uebrigens hat man die Notorietät der gerichtlichen Vorgänge wohl speciell Gerichtskundigkeit genannt.

42) Andere in einem Lande wenn auch noch so bekannte Thatsachen kennt der Richter nicht als solcher, sie müssen ihm also bewiesen werden.

43) Diese Kategorie ist die unverfänglichste von allen, und doch die bedenklichste, weil ihre Grenzen so schwer zu bestimmen sind. Doch möchte die obige Fassung gegen jedes Mißverständniß gesichert sein.

44) Auch die Acten anderer Gerichte stehen ihm zu Gebote, jedoch muß er nach einer verbreiteten Praxis um die Requisition derselben und eben so um die Apposition seiner eignen Acten von den Parteien gebeten werden.

45) Vgl. Gensler a. a. O. (Note 12) I. S. 261, Gesterding a. a. O.

notorische Thatsachen in ihren Vorträgen anzuführen, wenn sie Ansprüche darauf stützen wollen,[46] und bei der Benutzung gerichtlicher Acten insbesondere die Stellen zu bezeichnen, auf welche sie Bezug nehmen.

Von den Beweismitteln.*

§. 21.

Unter Beweis wird sowohl die Parteienthätigkeit, welche den Richter von der Wahrheit aufgestellter Behauptungen zu überzeugen strebt, als die durch diese Thätigkeit begründete Ueberzeugung des Richters verstanden, und demgemäß das, was für den Richter Grund der Ueberzeugung oder Beweisgrund zu sein vermag, vom Standpunct der Parteienthätigkeit Beweismittel genannt.

Um nun über das Wesen und die Erfordernisse der Beweismittel Klarheit zu gewinnen, werden wir davon auszugehen haben, daß den Gegenstand des Beweises nur äußere, in die Sinnenwelt hervortretende Thatsachen bilden. Da solche Thatsachen sich nicht anders als vermittelst sinnlicher Wahrnehmung erkennen lassen, die eignen Handlungen des Richters aber, so wie die ihm zugänglichen Zustände und von ihm (amtlich) wahrgenommenen Ereignisse keines Beweises bedürfen, so folgt, daß die des Beweises bedürftigen Thatsachen dem Richter durch die ihm mitzutheilenden Wahrnehmungen Anderer bewiesen werden müssen. Der Begriff des Beweismittels schließt daher wesentlich zwei Momente in sich, eine in Betreff einer streitigen Thatsache gemachte Wahrnehmung, und die Mittheilung dieser Wahrnehmung an den Richter. Daneben kommt jedoch noch ein weiterer Punct in Betracht. Soll der Richter seine Ueberzeugung durch die Aussagen Anderer bestimmen lassen, so muß er sich auf deren Wahrhaftigkeit verlassen können, und hierbei entsteht die Frage, ob er die Wahrhaftigkeit der Deponenten auf Grund einer gesetzlichen Regel, oder nach Maaßgabe einer in jedem einzelnen Falle anzustellenden besonderen Prüfung anzu-

---

(Note 12) II. S. 351 fg. Gegen die Natur der Sache nehmen das Gegentheil an Linde: Lehrbuch §. 254 Note 11, Heffter zu Weber's Verbindlichkeit S. 198, Schmid: Handbuch II. S. 211.

46) Dies ist schon die Ansicht der italienischen Juristen. Vgl. die Nachweisungen bei Gaill: Obs. II. 31 nr. 18, 46 nr. 21.

*) S. §. 15 Note *), §. 20 Note *).

nehmen habe.[1] Diese Frage, welche im Begriffe des Beweismittels ihre Lösung nicht findet, ist von den verschiedenen Rechten verschieden beantwortet worden.

1. Das ältere deutsche Recht stellt sich auf den gesetzlichen oder formalen Standpunct, indem es die Glaubwürdigkeit und damit die Ehre freier Männer dem dehnbaren Ermessen der Richter nicht glaubt preisgeben zu dürfen. Es unterscheidet zwei Hauptbeweismittel, den Eid der Parteien und das eidliche Zeugniß dritter Personen, räumt aber nicht etwa diesem mit Rücksicht auf die Interesselosigkeit der Zeugen vor jenem den Vorzug ein, sondern läßt den Parteieneid schlechthin überall da zu, wo nach der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses sich die Annahme rechtfertigt, daß auf Seiten einer der Parteien eine größere Genauigkeit der Wahrnehmung und Wissenschaft vorhanden sei, als auf Seiten zufällig gegenwärtig gewesener dritter Personen. Da ihm nun ferner auch die Vertheidigung vor dem Angriff Begünstigung zu verdienen scheint, so gelangt es zu dem Grundsatz, daß jeder Behauptung einer aus Vertrag oder Delict abgeleiteten Schuld gegenüber der Angegriffene das Recht habe, die Nicht-Schuld durch seinen Eid zu beweisen. Doch treten dieser Regel mannichfache Modificationen und Ausnahmen zur Seite. In einigen Fällen, unter denen principiell besonders der der Schuld nach todter Hand (d. i. des Erben) bemerkenswerth ist, weil in ihm die Abweichung von der Regel auf der präsumtiven Unbekanntschaft des Erben mit dem Schuldgrund beruht, geht der Eid auf den Kläger über; in anderen, und zwar bei allen peinlichen Klagen soll der Verklagte (übrigens in dem eben erwähnten Falle der Schuld nach todter Hand, und nicht hier allein, auch der Kläger) seinen Eid durch den Hinzutritt einer nach dem Gewicht des Vergehens sich bestimmenden Zahl von Eideshelfern verstärken, welche eidlich zu betheuern haben, daß sie den Schwörenden für keines Meineides fähig halten. Die durch Verbrechen rechtlos gewordenen Personen aber werden zum Eide überhaupt nicht, und die wegen Meineids und falschen Zeugnisses Angeschuldigten nicht zum eidlichen Leugnen dieser Verbrechen zugelassen, müssen sich

---

1) Dabei ist von Augenschein, Notorietät, Präsumtionen und gerichtlichem Geständniß ganz abzusehen, welche von den Neueren häufig den Beweismitteln beigezählt werden; sie machen den Beweis vielmehr unnöthig.

vielmehr dem Gottesurtheil zu dem Erfolge unterziehen, daß sie bei glücklichem Ausgang als gereinigt, bei unglücklichem als überführt gelten. Das Gottesurtheil (Probe des siedenden Wassers [aeneus], des glühenden Eisens, Wasserprobe, Loos und besonders der Zweikampf) vertritt hier den Eid, und dieses Verhältniß kommt ohne die gleiche innere Berechtigung auch bei anderen Verbrechen vor, in den Quellen des sächsischen Rechts freilich nur noch selten, sehr häufig aber in den Volksrechten und Capitularien, bald so, daß das Gottesurtheil allein, bald so, daß es neben dem Eide (nach der Wahl des Klägers oder Verklagten), bald so, daß es nur unter besonderen Umständen (z. B. wegen mangelnder Eideshelfer) an Stelle des Eides Statt findet. — So weit indeß der Gebrauch des Eides ist, so ist doch der des Zeugnisses nicht minder ausgedehnt. Nicht bloß hat sich desselben ausnahmsweise der verklagte Schuldner zu bedienen, namentlich zum Beweise der Zahlung, sondern es beherrscht sachgemäß auch das ganze Gebiet der Sachen-, Personen- und Standesrechte. Da diese Rechte an sich eine Beziehung zur Person dessen, gegen welchen sie aus irgend einem Anlaß processualisch geltend zu machen sind, nicht haben, mithin von dessen Wissen und Willen unabhängig sind, so muß es unzulässig erscheinen, die aus ihnen abgeleiteten Klagen und Angriffe in gleicher Weise auf den Eid des Angegriffenen zu stellen, wie die Klagen aus Vertrag und Delict. Eben so wenig aber kann der Eid des Angreifers, welcher nicht auf Abwendung eines Nachtheils, sondern auf Gewinnung eines Vortheils gerichtet sein würde, als das geeignete Beweismittel gelten, weil er der Auffassung des deutschen Rechts zuwider eine Begünstigung des Angriffs enthielte. Vielmehr ist das einzig Angemessene, daß dem Angreifer gestattet wird, den Beweis seines Rechts durch Zeugen zu führen, wobei es keinen Unterschied macht, ob der Angreifer Kläger oder Verklagter ist, so daß wenn der Verklagte einredeweise ein besseres Recht behauptet, das Beweisrecht ihm zufällt. Nach Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse ist eine verschiedene Zahl, mitunter auch eine besondere Qualität (z. B. Verwandtschaft, Nachbarschaft) der Zeugen erforderlich; allgemein aber ist die Regel, daß die Zeugen vollkommen an ihrem Rechte sein müssen, und nur Gesehenes und Gehörtes oder sonst zu ihrer Wissenschaft Gelangtes bekunden können. Widersprechen sich die Zeugen, so haben sie nach den älteren Quellen eine Ausgleichung durch Gottes-

urtheil herbeizuführen, während Sachsen- und Schwabenspiegel in dem Falle, wo einander gleiche Ansprüche an einem Gute entgegentreten, die größere Zahl der Zeugen als entscheidend ansehen, bei gleicher Zahl aber das Grundstück theilen lassen, und wenn die Nachbarn überhaupt Nichts wissen, die Parteien (wie dies in Grenzstreitigkeiten bei mangelndem Beweise auch schon früher vorkommt) auf das Gottesurtheil verweisen. — Nur beiläufig sei noch der Urkunden gedacht, die vorzugsweise in der Form von Gerichtszeugnissen, so wie von obrigkeitlichen, namentlich kaiserlichen Verfügungen und Verleihungen in Betracht kommen, und in beiden Anwendungen Notorietät begründen, womit sie sachlich aus der Reihe der Beweismittel ausscheiden.

Dieses System der Beweismittel[2] nun findet sich in zusammenhängender und consequenter Darstellung, obschon bereits mancher älteren Elemente entkleidet, nur in den sächsischen Rechtsquellen, welche die fragmentarischen Nachrichten der übrigen Stammesrechte erst ins rechte Licht stellen, und mit diesen verglichen eine Entwickelung erkennen lassen, die auf das Abstoßen gerade der characteristischsten Eigenthümlichkeiten des deutschen Beweissystems hinausgeht. So hatten die Rechte der Baiern und Alamannen zur Verhütung von Meineiden den Richter angewiesen, beim Vorhandensein von Zeugen den Reinigungseid nicht zuzulassen, und die Capitularien dem Kläger geradezu den Zeugenbeweis für seine Behauptungen gestattet. Diese dem Sachsenspiegel noch fremde Bestimmung kehrt im Schwabenspiegel wieder, und setzt sich nach nicht sehr langer Zeit unter Vermittelung des Magdeburgischen Rechts und der Glosse zum Sachsenspiegel auch auf sächsischen Boden fort. Aehnlich verhält es sich mit der Eideshülfe und dem Gottesurtheil; beide sind bereits im Sachsenspiegel bedeutend eingeschränkt, und kommen später gänzlich in Wegfall. Trotz dieser Aenderungen und Abschwächungen aber ist das ältere deutsche Recht darin sich treu geblieben, daß es die richterliche Ueberzeugung nicht als ein Product freier Prüfung ansieht, sondern an gewisse gesetzlich festgestellte, nicht immer sachgemäße und ausreichende Voraussetzungen bindet (formelle Wahrheit).

2) Rogge: Ueber das Gerichtswesen der Germanen, Halle 1820, §. 16 und Cap. IV—VI. Albrecht: Doctrinae de probationibus sec. jus Germanicum medii aevi adumbratio, Regiomont. P. I. 1825, P. II. 1827. Planck in der Zeitschr. für deutsches Recht X. S. 205—324. Jolly: Ueber das Beweisverfahren nach dem Rechte des Sachsenspiegels, Mannh. 1846.

2. Umgekehrt war der Richter nach römischem Recht ganz auf die Natur der Sache und sein eigenes Ermessen verwiesen; die Wahrheit, welche gesucht wurde, war eine wirkliche, keine bloß formelle, und deshalb die Aufstellung bindender Beweisregeln nicht nur unnöthig, sondern nicht einmal möglich[3] (materielle Wahrheit). Nur in gewissen allgemeinen Gesichtspuncten fand das Natürliche und Vernünftige einen Ausdruck. Es erschien selbstverständlich, daß der Richter seine Ueberzeugung nur durch die Aussagen glaubwürdiger Personen bestimmen lassen dürfe, und daß er die Glaubwürdigkeit der Deponenten verschieden zu beurtheilen habe, jenachdem die zu beweisenden Thatsachen für dieselben bezüglich des anhängigen Processes nachtheilig oder gleichgültig oder vortheilhaft seien. Man unterschied danach drei Arten der Mittheilung, das außergerichtliche Bekenntniß (das gerichtliche fand in anderer Art Berücksichtigung), Zeugenaussagen und den Eid. Das außergerichtliche Geständniß nahm, weil mit selbstsüchtigen Motiven nicht wohl vereinbar, meist an sich schon einen gewissen Glauben in Anspruch, bedurfte aber jedenfalls, damit es vollständig überzeugend sei, einer Garantie gegen mögliche Uebereilungen, und diese wurde im animus confitendi gefunden. Für die Glaubwürdigkeit der Zeugen gewährte der Mangel eigenen Interesses nur eine negative Bürgschaft; um der Genauigkeit ihrer Wahrnehmung und der Gewissenhaftigkeit ihrer Aussagen positiv sicher zu sein, verlangte man ihre Beeidigung und gerichtliche Vernehmung, so wie die Uebereinstimmung mehrerer Zeugen-

---

Unger: Der gerichtliche Zweikampf bei den germ. Völkern, Gött. 1847. Delbrück in der Zeitschr. für deutsches Recht XIV. S. 207—241. Platner: Historische Entwickelung des Pr. R. II. S. 328—412. Stobbe: Zur Geschichte des Vertragsrechts, S. 56—111. Sachße: Das Beweisverfahren nach deutschem, mit Berücksichtigung verwandter Rechte des M. A., Erl. 1855. Walter: Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. II. §. 656—674. Siegel: Geschichte des deutschen G. V. I. §. 24—30. Alb. Hänel: Das Beweissystem des Sachsenspiegels, Leipz. 1858. Homeyer: Der Richtsteig Landrechts, im Anhang S. 453—505. Bar: Das Beweisurtheil des germanischen Processes, Hann. 1866. — Diese Schriftsteller gehen in der Auffassung des altdeutschen Beweisrechts zum Theil weit auseinander; die im Text gegebene kurze Skizze jedoch, welche unter Mitberücksichtigung einiger älteren Elemente (über diese vgl. Walter a. a. O.) den sächsischen Proceß zu Grunde legt, und sich vorzugsweise an Hänel und Homeyer anschließt, möchte gegen wesentliche Einwendungen gesichert sein.

3) Vgl. Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 132—135, Puchta: Cursus der Instit. II. §. 174, Keller: Der röm. C. Pr. §. 66. — Besonders bezeichnend für das R. R. ist l. 3. §. 2 D. de test. (22, 5). Vgl. auch l. 79 §. 1. D. de jud. (5, 1), Cicero: de republ. I. 38, Gell. N. A. XIV. 2.

aussagen. Der Eid einer der beiden Parteien aber konnte vom Richter nicht ohne besondere Rechtfertigungsgründe als überzeugend angenommen werden. Denn das Moment, welches er der einfachen Behauptung hinzufügt, bestehend in der durch ihn bewirkten Schärfung des Gewissens, schien für sich allein den Widerspruch der anderen Partei um so weniger überwinden zu können, als die Behauptung vortheilhafter Thatsachen darin gegen die Zeugenaussagen zurücksteht, daß sie die Rücksicht auf den eigenen Vortheil nicht schlechthin ausschließt. Hierzu kamen die Urkunden als die schriftliche Form von Bekenntnissen, Zeugenaussagen und Dispositionen,[4] so wie die Indicien (indicia, argumenta), d. h. feststehende Thatsachen, welche mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit auf die zu beweisenden Thatsachen schließen lassen,[5] von den Neueren praesumtiones facti s. hominis genannt. Und bedenkt man, daß unter diesen Gesichtspunct auch die vorgenannten Beweismittel fielen, wenn ihre Glaubwürdigkeit durch irgend einen Mangel gemindert war, so bestätigt sich, daß der römische Richter in der Art, seine Ueberzeugung zu bilden, die freieste Hand hatte. Freilich war er in einigen wenigen Puncten an gesetzliche Regeln gewiesen; diese gehören aber der späteren Zeit an, und vermitteln gewissermaßen den Uebergang zu dem Beweissystem des canonischen und des neueren Rechts.

3. Die Auffassung des R. R. nun, welche nach Beseitigung der unter Mitwirkung der Parteien gewählten Privatrichter der Sicherheit des Rechts nicht eben günstig war, wurde als der aus einer reinen Disciplinargewalt hervorgegangenen geistlichen Gerichtsbarkeit besonders entsprechend im Ganzen auch vom canonischen Recht beibehalten,[6] und ging nicht minder in die neuere Praxis der weltlichen Gerichte über. Hatte aber bereits die spätere kaiserliche Gesetzgebung und insbesondere die justinianeische Codification als solche den Anfang damit gemacht, die von den

---

4) Im R. R. werden die vorbenannten Beweismittel unter dem Ausdruck „instrumenta“ zusammengefaßt. Cf. l. 1 D. de fide instr. (22, 4) [„Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest, et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur“], l. 99 §. 2 D. de V. S. (50, 16). Vorzugsweise werden jedoch Urkunden so genannt. Cf. Brissonius s. v. instrumentum.

5) Cf. Quinctil. Inst. orat. V. 8—10 (probatio artificialis), und dazu Brissonius s. v. indicium und s. v. argumentum.

6) Rücksichtlich des Zeugenbeweises geht dies recht klar aus c. 3 C. 4 qu. 2, 3 hervor, wo die Bestimmungen des R. R. genau zusammengestellt sind.

römischen Juristen in freier Entwickelung des richterlichen Officium gegebenen Anweisungen in ein System formeller Beweisregeln umzubilden, so wurde vollends vom C. R. und der Doctrin auf diesem Wege fortgeschritten. Sowohl der Einfluß, welcher von den germanischen Beweisgrundsätzen ausging, als die bis in die neueste Zeit herrschende scholastische Richtung der Jurisprudenz führten darauf, das richterliche Ermessen möglichst zu beschränken, und durch allgemeine Regeln festzustellen, was nöthig und was ausreichend sei, um den Richter von der Wahrheit streitiger Thatsachen zu überzeugen. In diesem Sinne wurden vor Allem die Bedingungen, unter denen Geständniß, Zeugenaussagen, Urkunden und Eide für den Richter als Beweisgründe und für die Thätigkeit der Parteien als Beweismittel zu gelten hätten, im Einzelnen noch genauer fixirt, als es im R. R. geschehen war, und dadurch der Richter der selbstthätigen Auffindung dieser Bedingungen im concreten Fall und im Anschluß an die gegebenen Verhältnisse überhoben. Ferner detaillirte man die Umstände, welche geeignet erschienen, die Kraft der einzelnen Beweismittel abzuschwächen, und suchte endlich annäherungsweise auch die Kraft der abgeschwächten Beweismittel zu bemessen, um einen Maaßstab für ihre Ergänzung und für die Regulirung der Eide zu gewinnen. Bei diesem Verfahren war allerdings unvermeidlich, daß manche individuelle Momente für die Ermittelung der Wahrheit verloren gingen; jedoch hatte es andererseits den Vortheil, daß es die gerade in Betracht solcher Momente nahe liegende Gefahr der Täuschung beseitigte, und das Resultat des Beweises unabhängiger von undefinirbaren subjectiven Eindrücken machte. Weit entfernt aber war man, den Indicien Etwas von der ihnen im R. R. eingeräumten Bedeutung zu entziehen,[7] oder der Beweisführung ein anderes

7) Daß auch das C. R. den Indicien einen weiten Spielraum ließ, geht aus der Bedeutung hervor, welche es nach dem Vorgang des R. R. — cf. l. 3 §. 2 D. de test. (22, 5) [„consentiens fama"] — den Gerüchten, fama, rumores, beilegte. Cf. c. 13 X. de prob. (2, 19), c. 27 X. de test. (2, 20), c. 10, 11, 12 (nach der aus Böhmer's Ausgabe ersichtlichen ursprünglichen Fassung) X. de praesumt. (2, 23), c. 5 X. de eo, qui cogn. (4, 13), c. 2 X. de cons. et aff. (4, 14), c. 27 X. de spons. (4, 1). Wenn aber nach den beiden letzten Stellen die immerhin trügerische „fama loci" zum Beweis der Verwandtschaft ausreichend sein soll, so hat dies seinen Grund in der dort drohenden Gefahr des Incests, wie aus gleichem Grunde das c. 12 X. de praes. (2, 23) (in seiner jetzigen Gestalt) die sententia divortii „ex violenta et certa suspicione fornicationis" eintreten läßt, wenn Zeugen gesehen haben, „consanguineum viri eiusdem solum cum sola, nudum cum nuda in

Ziel, als die wirkliche Ueberzeugung des Richters zu stecken. Die Fortentwickelung bestand lediglich darin, daß der Richter an feste, der Natur der Sache und der Erfahrung entlehnte Regeln gewiesen, und daß dem subjectiven Dafürhalten, welches sich bald mit bloßen Möglichkeiten begnügt, bald bloßer Möglichkeiten wegen zu keiner Sicherheit gelangt, ein auf der Anwendung jener Regeln beruhendes objectives Urtheil substituirt wurde. Dieses Beweissystem, welches das heut zu Tage geltende ist, steht also zwischen dem römischen und germanischen gewissermaßen in der Mitte, und kann deshalb ein gemischtes System genannt werden.[8]

Das zur Ermittelung der Wahrheit erforderliche factische Material nun hat der Richter von den Parteien nach denselben Regeln entgegenzunehmen, welche bei Erörterung der factischen Grundlagen des Streitverhältnisses in Anwendung kommen. Regelmäßig aber wird sich die Existenz der die richterliche Ueberzeugung positiv bestimmenden Momente aus den benutzten Beweismitteln von selbst ergeben, und nur so weit dies nicht der Fall ist, sind sie vom Probanten besonders nachzuweisen (z. B. die Aechtheit bei Privaturkunden). Dagegen hat der Probat die Aufgabe, den Mangel einer der Voraussetzungen darzuthun, welche die beweisende Kraft der jenseitigen Beweismittel (als conditio sine qua non) bedingen, d. h. Thatsachen anzuführen und wo nöthig seinerseits zu beweisen, die einen solchen Mangel involviren. Derartige Thatsachen werden Beweiseinreden genannt; sie haben je nach der Verschiedenheit der Mängel, die durch sie aufgedeckt werden, bald einen größeren, bald einen geringeren Erfolg. Stellen sie eine aus dem Begriff des producirten Beweismittels sich ergebende Voraussetzung als nicht vorhanden dar, so entkräften sie dieselbe; sind sie gegen die durch das positive Recht normirten oder eingeführten formalen Garantien der Glaubwürdigkeit gerichtet, so drücken sie die Beweiskraft nur herab, heben sie aber nicht ganz auf. Natürlich treten diese Erfolge auch dann ein, wenn der Probant den Stoff zu der einen oder anderen Vertheidigung durch das von ihm benutzte Beweis-

---

eodem lecto jacentem, ea ut credebant intentione, ut eam cognosceret carnaliter". Vgl. dazu c. 10 in f. X. de prob. (2, 19), c. 22 X. de test. (2, 20).

8) Vgl. über das Vorstehende Bethmann-Hollweg: Versuche S. 254 fg. Das in §. 20 Note * citirte Buch von Endemann: Die Beweislehre des C. Pr. ist der Aufgabe gewidmet, die Mängel des heutigen Beweissystems nachzuweisen, und die Zurückführung desselben auf das im R. R. herrschende „Princip der Beweisführung" vorzubereiten.

mittel selbst darbietet, ohne daß der Probat, wenigstens der Regel nach, erst noch zu erklären braucht, daß er sich derselben bedienen wolle. Die durch unvollständige Beweismittel oder durch Indicien erbrachte Wahrscheinlichkeit (probatio minus plena) aber kann durch unterstützende Beweisgründe (adminicula) zu vollem Beweise ergänzt werden.

Nur da, wo die irrthümliche Annahme der Wahrheit mit einem definitiven oder sachlichen Nachtheil für den Gegner nicht verbunden sein würde, soll sich der Richter mit bloßem Wahrscheinlichkeitsbeweise (hier Bescheinigung genannt) begnügen, und nicht so sehr, daß die in Frage stehende Thatsache wahr, als daß sie nicht mit dem Bewußtsein der Unwahrheit (aus Chicane) behauptet worden sei, für maaßgebend erachten (summatim cognoscere).[9] Dagegen ist mehr als voller Beweis nicht möglich,[10] und wenn es dennoch Fälle gibt, in denen an sich vollkommen überzeugende Beweismittel nicht als ausreichend gelten, so hat dies seinen Grund in der unter Umständen vorgeschriebenen Beschleunigung des Beweisverfahrens, die sowohl bei vollständigem Beweise, als bei bloßer Bescheinigung vorkommen kann. Hierbei sind folgende Fälle zu unterscheiden. Werden außerhalb des regelmäßigen Ganges des Verfahrens selbständige Anträge gestellt, so müssen die zu ihrer Begründung dienenden Thatsachen liquide, d. h. durch beigefügte Urkunden, oder auch wo die bloße Bescheinigung ausreicht, durch einen in continenti abzuleistenden Eid beglaubigt sein.[11] Einreden dagegen, welche außer der gewöhnlichen

9) Hiervon unten in §. 29.

10) Womit jedoch vereinbar ist, daß der Beweis dem Gegenbeweise gegenüber nicht bloß diesen widerlegen, sondern noch einen Ueberschuß gewähren muß, wenn er den Richter überzeugen soll. Vorzugsweise in Fällen dieser Art scheint auch das R. R. eine manifesta, evidentissima probatio zu fordern. Cf. Brissonius de V. S. s. v. probatio.

11) Dies kommt (natürlich mit Unterscheidung von Beweis und Bescheinigung) besonders in den executivischen Proceßarten, Executiv-, Mandats-, Arrestproceß vor. Die neuere Praxis aber macht davon sachgemäß auch im ordentlichen Proceß auf außerordentliche Anträge Anwendung, z. B. auf Interventionen, Provocationen, Fristerstreckungsgesuche, Restitutionen gegen Versäumung von Fristen und Terminen, Appellationen (Nachweisung der Appellationssumme) u. s. w. Die Form des Verfahrens ist hier analog der der unbedingten Mandate, denn sie läßt dem Gegner eine nachfolgende Remonstration (exc. sub- et obreptionis) gegen die einseitig erwirkte richterliche Verfügung zu. Als Zeuge für diese Praxis kann Brauer im Arch. für civ. Pr. XXV. S. 334 insofern angeführt werden, als er die sofortige Verbindung der „Bescheinigung" mit dem zu bescheinigenden Gesuche für nothwendig und wesentlich hält; er irrt nur darin, daß er dies als eine Eigenthümlichkeit des

Ordnung vorgebracht werden, sei es um die sofortige Einlassung auf die Klage,[12] oder die Vollstreckung der Execution[13] oder die Zulassung der Appellation abzuwenden, können in diesem Zusammenhange nur dadurch Anspruch auf Berücksichtigung erwerben, daß sie innerhalb der ohnehin oder gerade zu diesem Zweck eröffneten Frist (in continenti) liquid gestellt werden, wozu außer den Urkunden auch die Eideszuschiebung dienlich ist.[14] Auf ganz singulärer Vorschrift endlich beruht es, daß der Beweis der Compensationseinrede keine erhebliche Verzögerung des Endurtheils verursachen soll,[15] und deshalb wenigstens dann auf Urkunden beschränkt ist, wenn die Klagthatsachen eingestanden werden, oder schon mit der Klage bewiesen worden sind.[16]

Außergerichtliches Geständniß.*

§. 22.

Das außergerichtliche Geständniß bildet, als außerhalb des anhängigen Processes abgelegt, den Gegensatz des gerichtlichen, ist aber von demselben nicht bloß in Betreff der äußeren Beziehung zu dem anhängigen Proceß, sondern auch dadurch unterschieden,

---

Wahrscheinlichkeitsbeweises ansieht, während dieser doch, wie in §. 29 zu zeigen ist, seiner Natur und Anwendung nach eine solche Verbindung an sich nicht fordert.

12) Vgl. Albrecht: Die Exceptionen S. 123 und die von ihm S. 121 Note 6 citirten Schriftsteller.

13) Vgl. Briegleb: Gesch. des Executivpr. I. S. 101, 118.

14) Daß im Mittelalter die Ausschließung der Zeugen noch keineswegs allgemein angenommen, aber doch schon gewöhnlich war, zeigt Briegleb a. a. O. S. 118, 119. Noch Mevius: Decis. VIII. 315, Brunnemann: Proc. civ. I. 53 und Leyser: Medit. VII. 513 m. 10 lassen unter Umständen einen beschleunigten Zeugenbeweis zu, allein nach Schaumburg: Princ. prax. jurid. jud. I. 4 §. 11 und Oeltzen: Anleitung zur gerichtl. Pr. §. 102 widerspricht dies der gemeinen deutschen Praxis. Dagegen hat die Zulassung der Eidesdelation, wie selbst die Gegner derselben zugeben, die gemeine Meinung für sich, und wenn Einige sie dennoch bestreiten, weil gegen den zugeschobenen Eid die Gewissensvertretung zulässig sei, so übersehen sie, daß der Delat (Kläger) als der betreibende und an der Beschleunigung interessirte Theil zwischen der Ausschwörung des Eides und der Gewissensvertretung die Wahl behält. Vgl. die bei Danz: Grundsätze §. 187 Note d Citirten.

15) L. ult. §. 1 C. de comp. (4, 31). — Nach l. 46 §. 4 D. de jure fisci (49, 14) hat der Schuldner des Fiscus eine Frist von zwei Monaten.

16) A. M. Glück: Commentar XV. S. 78. S. jedoch Puchta: Pandecten §. 289, Arndts: Lehrb. der Pandecten §. 264 Note 8 (wo sich weitere litterarische Nachweisungen finden).

* Bethmann-Hollweg in den Versuchen (1827) Nr. 4. Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen II. 3 (1827). Langenbeck: Die Beweisführung S. 143—149.

daß es keine Disposition enthält, wie selbst die confessio in judicio, welche, obgleich auf Thatsachen gerichtet, doch für eine indirecte Anerkennung der jenseitigen Sachbitte zu halten ist (§. 19 unter 1.). Zwar kommen auch außergerichtliche Geständnisse von Rechtsverhältnissen vor. Diese können aber schon deshalb keine Beweismittel sein, weil Rechtsverhältnisse niemals unmittelbar den Gegenstand des Beweises bilden,[1] vielmehr haben sie der Regel nach gleich den gerichtlichen den Character von Dispositionen. So läßt sich die Erklärung des Gläubigers, daß er an seinen Schuldner nichts mehr zu fordern habe, als pactum de non petendo ansehen.[2] In der Anerkennung eines Schuldverhältnisses wird das Versprechen zu finden sein, das aus demselben Geschuldete zu zahlen,[3] also ein constitutum debiti proprii,[4] oder wie man heut zu Tage

---

1) Man nannte früher ein ohne Angabe des Schuldgrundes auf die Existenz einer Schuld als solcher gerichtetes schriftliches Bekenntniß cautio indiscreta, und berief sich für die Beweisuntüchtigkeit desselben, die Bedeutung der römischen cautiones als Stipulationsurkunden verkennend, auf l. 25 §. 4 D. de prob. (22, 3) und l. 13 C. de n. n. pec. (4, 30) [vgl. auch c. 14 X. de fide instr. (2, 22)]. So noch Weber: Beiträge zur Lehre von Klagen und Einreden St. 2, 3 Nr. 13 S. 81—83, Unterholzner im Arch. für civ. Pr. VII. S. 2 fg. Indem man aber die vermeintliche Vorschrift jener Stellen aus dem oben im Text angegebenen Grunde zu erklären suchte, brachte man doch den allein entscheidenden sachlichen Gesichtspunct zur Geltung. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 291, 306, Savigny: System VII. S. 44 fg., Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 34, 63. Neuerdings jedoch hat Schlesinger: Die Lehre von den Formalcontracten S. 49 fg., dem im Princip Bruns in der Zeitschr. für R. G. I. S. 126 fg. beitritt, die Behauptung aufgestellt, daß das Bekenntniß einer Schuld auch ohne Angabe des Schuldgrundes vollen Beweis für die Schuld erbringe. Er beruft sich auf l. 47 §. 1 D. de pact. (2, 14) und l. 20 D. de inst. act. (14, 3), übersieht aber, daß diese Stellen die Beweisfrage gar nicht berühren. Direct gegen die beweisende Kraft eines solchen Bekenntnisses scheint zu sprechen, daß dasselbe nicht wie ein anderes Beweismittel durch Gegenbeweis, sondern wie das indebitum promissum durch die Nachweisung des indebitum zu widerlegen sein würde. Zuzugeben aber ist, daß das Geständniß einer Schuld möglicher Weise eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit für den zu beweisenden Schuldgrund ergibt.

2) L. 35, 40 pr., l. 47 §. 1 D. de pact. (2, 14). Vgl. auch l. 2 §. 1 D. eod.

3) Dafür spricht die Aeußerung des Gai. III. 134 „si quis debere se aut daturum se scribat", welche offenbar beide Formen als synonym betrachtet. Mit Recht sagt daher Bähr a. a. O. S. 233: „es versteht sich von selbst, daß wer seinem Gläubiger gegenüber schuldig zu sein bekennt, auch zahlen will." Vgl. auch die Stellen der folgenden Note. Jedoch ist hiermit nur die Regel ausgesprochen; es lassen sich Umstände denken, unter denen die Anerkennung einer Schuld nicht als Versprechen ausgelegt werden darf. S. Bähr S. 166, 272. Anders nimmt die Sache Bruns a. a. O. I. S. 94 fg.

4) Schon nach R. R. wegen der Formlosigkeit des Constituts. Cf. l. 24 [„reddere debebo"], l. 26 [„Decem, quae Titius ex arca tua mutua acceperat, — penes me habes"], l. 31 [„debitorem sese esse quasi

sagen muß, ein selbständiges Zahlungsversprechen, dessen Klagbarkeit nicht wie die des Constituts durch die Existenz der sicherzustellenden Verpflichtung, sondern lediglich durch die Absicht ihrer Sicherstellung (als subjective causa) bedingt ist.[5] Werden solche Anerkennungen in schriftliche Form gebracht, so wird dadurch ihr Character nicht geändert; die Schrift hat keinen anderen Vortheil als den, daß sie für die Disposition, zu der sie hinzutritt, einen bequemen Beweis verschafft. Und allerdings ist man mit Rücksicht auf diesen Vortheil in Deutschland so weit gegangen, selbst der Anerkennung dinglicher Rechtsverhältnisse constitutive Kraft beizulegen, indem man innerhalb der auf der Gerichtsbarkeit, dem Lehns- und Leihenexus, und der Vogtei beruhenden Verbände über die Subjections- und Eigenthumsverhältnisse, so wie über die an den Grundstücken haftenden Lasten und Gerechtsame urkundliche Anerkenntnisse aller Betheiligten mit der Bestimmung aufgenommen hat, hinsichtlich dessen, was sich im Laufe der Zeit durch Vertrag, Ersitzung und Herkommen gebildet hat, andere Nachweisungen unnöthig zu machen. Dieser Bestimmung gemäß wird von der Praxis das in den s. g. Saal-, Land-, Grund-, Flur-, Lager-, Erb-, Erbzins-, Gerichts-, Amtsbüchern enthaltene Anerkenntniß als neuer, zu den älteren hinzutretender Erwerbsgrund behandelt, und die amtlich vorgenommene urkundliche

---

heredem patrui sui confitentem“] D. de pec. const. (13, 5), l. 20 [„numerare debebo“] D. de inst. act. (14, 3). Das „reddere debebo“ und die ähnlichen Ausdrücke bilden die geeignete Form für ein Bekenntniß, nicht für ein Versprechen. Daß die l. 26 §. 2 D. depos. (16, 3) kein Constitut annimmt, möchte sich daraus erklären, daß sie nicht von pecunia credita — vgl. Bruns a. a. O. I. S. 49 —, sondern von pecunia deposita (und zwar von einem depositum regulare) handelt, und das Constitut auch in seiner späteren Ausdehnung — Bruns S. 88 fg. — keine Verpflichtung zum restituere begründen konnte.

5) Bähr a. a. O. §. 43 characterisirt dieses Versprechen als formellen Vertrag, löst dasselbe mithin von seiner causa ab. Hierzu liegt kein Grund vor. Ist die Anerkennung als Zahlungsversprechen aufzufassen, so ist sie ein materiell individualisirtes Geschäft, und beruht, wie die s. g. novatio cumulativa, mit der sie zusammenfällt, auf der causa solutionis; sie soll die Befriedigung des Gläubigers, obschon nicht unmittelbar herbeiführen, so doch sichern. Zur Begründung der Klage aus der Anerkennung ist daher erforderlich, daß deren Beziehung auf eine bestimmte, näher zu bezeichnende Schuld dargelegt wird (nicht bloß die Beziehung auf eine bestehende Schuld im Allgemeinen, welche sich schon aus dem Wort „bekennen“ ergeben würde), und einredeweise darf dann der Verklagte nachweisen, daß er irrthümlich ein indebitum anerkannt habe. Andere Grundsätze gelten übrigens von der Bürgschaft (intercessio cumulativa); sie ist ein vom Bestande der Hauptschuld abhängiges Zahlungsversprechen. Vgl. Bähr S. 165.

Beglaubigung des geschehenen Anerkenntnisses nach den Erfordernissen der öffentlichen Urkunden beurtheilt.[6]

Soll das außergerichtliche Geständniß als Beweismittel in Betracht kommen, so muß es wie jedes andere Beweismittel eine Erklärung über wahrgenommene Thatsachen sein, und nur in diesem Sinne ist hier von ihm zu handeln. Darnach versteht sich von selbst, daß es keine Gültigkeit hat, wenn der Bekennende als Wahnsinniger oder infans, und in bestimmter Richtung wegen Taubheit oder Blindheit der Wahrnehmung unfähig war, oder wenn ihm in Folge des Wahnsinns oder der Unmündigkeit die Fähigkeit der Erinnerung und bewußten Erklärung abgeht; so wie ferner, wenn er die gerade in Frage stehenden Thatsachen aus irgend einem Grunde nicht wahrzunehmen vermochte, oder wenn seine Erklärung, weil sie nachweislich simulirt, im Scherz gegeben, erzwungen oder erschlichen ist, nur den Schein, nicht das Wesen einer bewußten und gewollten Erklärung hat. Dagegen können sowohl äußere, mit den Sinnen wahrnehmbare, wie innere, im eigenen Bewußtsein vorgegangene Thatsachen anerkannt werden, und aus practischen Gründen wird ausnahmsweise auch dem Geständniß solcher Thatsachen Glauben beigemessen, welche sich ihrer Natur nach nicht anders als auf dem Wege der Schlußfolgerung erkennen lassen.[7] Nur unterliegt das Geständniß, eben weil es Beweismittel ist, überall dem Gegenbeweise.[8]

Das aber, was dieses Beweismittel von anderen unterscheidet, ist seine Richtung auf Thatsachen, welche dem Bekennenden nach-

6) Cf. Carpzov: Responsa I. 62, J. H. Boehmer: J. E. P. II. 22 §. 3, Leyser: Medit. II. 101 m. 1, Pufendorf: Observ. I. 35, Struben: Rechtliche Bedenken II. 86, Overbeck: Meditationen V. S. 44 fg., Eichhorn: Einleitung §. 247, Mittermaier: Grundsätze des D. Pr. R. §. 483, Phillips: Grundsätze §. 253, Erk. der J. F. zu Marburg bei Seuffert: Archiv V. 77, Strippelmann: Der Beweis durch Schrifturkunden I. §. 49. Ursprünglich hatten jedoch diese Aufzeichnungen, welche schon seit Karl d. Gr. in den verschiedensten Herrschaftskreisen vorkommen, wohl nur die Ordnung des Haushaltes zum Zweck. Vgl. die Nachweisungen bei Guérard: Polyptique de l'abbé Irminon I. p. 16—38, Gengler: Grundriß des D. Pr. R. §. 36, Walter: Deutsche Rechtsgeschichte §. 81 N. 8, §. 108 N. 5, §. 282 N. 6—8, §. 521 N. 4.

7) Cf. l. 15 D. de prob. (22, 3).

8) L. 15, 24, 25 §. 4 D. eod., l. 19 §. 1 D. de accept. (46, 4), l. 5, 6 C. si cert. pet. (4, 2), l. 13 C. de n. n. pec. (4, 30), l. 6 C. de comp. (4, 31), l. 14 C. de contr. stip. (8, 38), l. 6, 13, 23 C. de solut. (8, 43), l. 10 C. de donat. (8, 54), c. 14 X. de fide instr. (2, 21). Auch deuten auf die Möglichkeit des Gegenbeweises bestimmt genug hin Pauli R. S. V. 7 §. 2, l. 30, 134 §. 1 D. de V. O. (45, 1), l. 1 C. de contr. stip. (8, 38).

theilig sind.[9] Ein Geständniß vortheilhafter Thatsachen gibt es nicht. Jedoch dürfen die zusammengehörigen Momente einer eingestandenen Thatsache nicht auseinander gerissen, und gegen den Geständigen nur so weit sie ihm nach Lage der Sache nachtheilig sind, benutzt werden.[10] Ja wenn in einer Urkunde in Verbindung mit einer eingestandenen nachtheiligen Thatsache eine vortheilhafte behauptet worden ist, so kann in Frage kommen, ob nicht in der Annahme und Benutzung einer solchen Urkunde ein stillschweigendes Eingeständniß der dem Aussteller vortheilhaften, dem Empfänger aber nachtheiligen Thatsache zu finden sei.[11] Auch ist es bei Thatsachen, welche sich auf Ehesachen und Statusrechte beziehen, häufig zweifelhaft, ob sie für den, welcher ihre Wahrheit bekundet, vortheilhaft oder nachtheilig sind; es ist möglich, daß Jemand eine vom höheren sittlichen Standpunct aus nachtheilig erscheinende Thatsache fälschlich als wahr anerkennt, um dadurch unsittliche Zwecke, und somit in seinem Sinne einen Vortheil, z. B. die Annullation oder Auflösung einer Ehe, zu erreichen. Wo in einem Proceß solche Bedenken entstehen, liegt dem Richter im öffentlichen Interesse die Pflicht der sorgfältigsten Prüfung ob; es handelt sich bei Rechtsverhältnissen der fraglichen Art um Feststellung der von den Intentionen der Parteien unabhängigen objectiven Wahrheit, und es darf daher Vortheil und Nachtheil nicht nach der mehr oder weniger willkührlichen Gestaltung des schwebenden Processes bemessen werden.[12]

Eine Erklärung nun, welche den vorstehenden, aus dem Begriffe des außergerichtlichen Geständnisses abgeleiteten Anforde-

---

9) L. 26 §. 2 in f. D. depos. (16, 3), l. 11 §. 1 D. interrog. in jure (11, 1), l. 5—7 C. de prob. (4, 19).

10) Z. B. aus dem Geständniß eines bedingten Versprechens das Versprechen, aus dem Geständniß eines Kaufvertrags das Versprechen einer Summe Geldes u. s. w. Vgl. Cropp in Heise und Cropp: Jurist. Abhandl. I. S. 123.

11) L. 26 §. 2 D. depos. (16, 3). Die früher gewöhnliche Behauptung, daß derjenige, welcher eine Urkunde producire, dieselbe ihrem ganzen Inhalte nach gegen sich gelten lassen müsse, ist zu weit, und wird durch die dafür angeführten Stellen, l. 11 D. de neg. gest. (3, 5), l. 16 D. de adm. et per. tut. (26, 7), l. 39 §. 1 D. de oper. lib. (38, 1), welche von Rechtsgeschäften, nicht von Beweismitteln handeln, keineswegs bewiesen. Vgl. Cropp a. a. O. I. 8, Gerau in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XX. 3.

12) Arg. c. 5 X. de eo, qui cogn. (4, 13). Die l. 29 D. de prob. (22, 3) gehört nicht hierher, und eben so wenig c. 10 X. de prob. (2, 19); in beiden Stellen handelt es sich um die Wirkung, welche eine die Vaterschaft betreffende Erklärung der Mutter auf die Rechtsverhältnisse des Kindes hat. Ueber das c. 10 X. cit. vgl. §. 21 Note 7. Dagegen scheinen sich l. 13, 14 C. de prob. (4, 19) recht eigentlich auf die vorliegende Frage zu beziehen.

rungen entspricht, wird möglicher Weise an sich schon eine große Wahrscheinlichkeit für die eingestandene Thatsache begründen. Als vollständig beweisend aber ist sie nur dann anzusehen, wenn sie von dem Bekennenden in der Absicht gegeben worden ist, dem an der eingestandenen Thatsache Interessirten den Beweis derselben gegen sich einzuräumen.[13] Diese Absicht, von den Neueren animus confitendi genannt, bildet die formelle Seite des außergerichtlichen Geständnisses. Sie wird verlangt, weil sie die Vermuthung reiflicher Ueberlegung und des Bewußtseins von der juristischen Bedeutung der eingestandenen Thatsache begründet, und kann eben darum niemals bei solchen Personen als vorhanden angenommen werden, denen zwar nicht die Willensfähigkeit, wohl aber die Fähigkeit zur Verwaltung ihres Vermögens fehlt, wie den Minderjährigen und prodigi, deren Geständnisse somit keinen vollen Beweis erbringen.[14] Ueberhaupt aber ist sie nicht in jeder zufälligen, wenn auch noch so ernstlichen Aeußerung, sondern nur in demjenigen Geständniß zu unterstellen, welches, sei es mündlich oder vermittelst der Uebergabe einer schriftlichen Erklärung, der dabei interessirten Person oder deren Vertreter gegenüber abgelegt worden ist. Die gegen einen Anderen als den Interessenten ausgesprochene Anerkennung einer nachtheiligen Thatsache ist daher wiederum nicht vollkommen beweisend,[15] wogegen aber anderntheils auch die confessio in judicio, obschon immer an die interessirte Gegenpartei gerichtet, keineswegs ohne Weiteres in jedem späteren Processe benutzt werden kann. Da der durch sie ausgedrückte Verzicht auf den Beweis, welcher für einen anderen Proceß keine Geltung hat, den animus confitendi zwar nicht ausschließt, aber eben so wenig nothwendig in sich schließt, so muß der Richter aus der Form[16]

---

13) L. 25 §. 4 D. de prob. (22, 3) [„— nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni —"], l. 13 C. de n. n. pec. (4, 30) [„— Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere"], c. 14 X. de fide instr. (2, 22). Vgl. Schlesinger a. a. O. S. 137 fg.

14) Wenn Bethmann-Hollweg S. 308 die Bekenntnisse der minores für vollkommen gültig erklärt, die der prodigi nicht, so hat er schwerlich die Consequenz für sich.

15) Vgl. Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert: Archiv I. 145, Erk. der Schöppen zu Halle das. IX. 110, Erk. des O. A. G. zu Kiel das. XI. 189.

16) Unzureichend ist jedenfalls das in Folge der Contumacia angenommene Geständniß; ebenso wenig aber möchte die Erklärung ausreichen, „man wolle nicht darüber streiten", „wolle nicht in Abrede stellen."

und sonstigen Umständen die eigentliche Meinung des Confitenten zu bestimmen suchen, und nur dann, wenn er sich überzeugt, daß das Geständniß aus dem Bewußtsein von der Wahrheit der fraglichen Thatsache hervorgegangen sei, darf er dasselbe als beweistüchtig ansehen.[17] Noch vorsichtiger sind die in einem früheren Proceß aufgestellten Behauptungen zu beurtheilen, durch welche regelmäßig ein Vortheil erreicht werden soll, und bei denen sich eben deshalb der animus confitendi nicht vermuthen läßt.[18] Unbedenklich aber möchte die Annahme sein, daß ein außergerichtlich gegen eine von zwei gleichmäßig, wenngleich selbständig interessirten Personen (z. B. gegen einen von zwei Erben) abgelegtes Bekenntniß auch von der anderen benutzt werden darf,[19] während das Erforderniß des animus confitendi es mit sich bringt, daß das Geständniß nur den Bekennenden,[20] dessen Erben und Vollmachtgeber bindet, gegen Andere aber völlig unbeweisend ist.[21]

Die äußere Form, in welcher der Bekennende jene Absicht bekundet, ist für die Gültigkeit des Bekenntnisses ohne Belang;

17) Vgl. die Erk. des O. A. G. zu Dresden bei Seuffert: Archiv III. 129, IX. 352. Etwas zu weit geht das Erk. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen II. 11. In gleicher Weise kann das in einem Criminalproceß abgelegte Geständniß nicht ohne Weiteres im C. Pr. als beweisend angesehen werden.

18) Cf. l. 37 D. fam. erc. (10, 2) [„Qui familiae erciscundae judicio agit, non confitetur, adversarium sibi esse coheredem“], l. 13 C. de prob. (4, 19), l. 12 §. 1 D. de acqu. v. am. poss. (41, 2) [„Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare; non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit“]. Vgl. auch das Erk. des O. A. G. zu Dresden bei Seuffert IX. 352.

19) Denn immerhin ist trotz des Erfordernisses des animus confitendi das Geständniß kein Vertrag, sondern ein Beweismittel. Die Bemerkungen Schlesinger's a. a. O. S. 140 Note 25 scheinen sich auf vorstehenden Fall nicht beziehen zu sollen. Am wenigsten kann ein Zweifel darüber obwalten, daß ein dem Interventionsberechtigten abgelegtes Geständniß dem Intervenienten zu Gute kommt.

20) Eine ausdrückliche Bestätigung dieses Satzes findet sich in den Quellen nicht; eine indirecte aber möchte die l. 11 C. qui pot. in pign. (8, 18) enthalten, da dieses Gesetz den nicht öffentlich aufgenommenen Pfandbriefen die Fähigkeit abspricht, den übrigen Pfandgläubigern gegenüber das (höhere) Alter des Pfandrechts zu beweisen, ohne daß es zwischen Urkunden, welche ein Pfandrecht bestellen, und solchen, welche die Pfandbestellung anerkennen, einen Unterschied statuirt. Vgl. Vangerow: Lehrb. der Pandecten §. 387.

21) Ueber die Erben vgl. l. 14 pr. C. de n. n. pec. (4, 30). Rücksichtlich der Vollmachtgeber ist a. M. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 307; s. jedoch die particularrechtlichen Normen, welche Thöl: Das Handelsrecht I. §. 31 Note 10 mittheilt. Nach einem Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert III. 216 soll sogar der Bürge das Geständniß des Hauptschuldners gegen sich gelten lassen müssen.

sie kann sowohl in einer ausdrücklichen als in einer stillschweigenden Erklärung bestehen, und ein stillschweigendes Bekenntniß empfangener Zahlung wird namentlich in dem Durchstreichen, Zerreißen und Zurückgeben des Schuldscheins gefunden werden müssen.[22] Dem R. R. ist insbesondere auch der mündliche Ausdruck bekannt,[23] der deshalb mit Recht von jeher in der Praxis für ausreichend gehalten worden ist.[24] Jedoch hat die urkundliche Form den Vorzug, daß sie einen weiteren Beweis der abgegebenen Erklärung unnöthig macht, während die mündliche einen solchen fordert.[25]

Andererseits ist dem schriftlichen Empfangsbekenntniß gegenüber eine Einrede möglich, welcher das mündliche nicht ausgesetzt ist. Hat Jemand ein solches (ein schriftliches) ohne Angabe eines bestimmten in der Vergangenheit liegenden Empfangstages zum Voraus, d. h. in der Erwartung der nachfolgenden Zahlung und Empfangnahme ausgestellt, so kann er sich auf die verfrühte Ausstellung demnächst einredeweise berufen, und durch deren Beweis die beweisende Kraft des Bekenntnisses vernichten. Es ist dies die exc. non numeratae pecuniae,[26] mit welcher unter gleicher

---

22) L. 24 D. de prob. (22, 3), l. 82 §. 3 D. de furt. (47, 2), l. 14, 15 C. de solut. (8, 43). Auch die l. 3 C. de apochis publ. (10, 22) ist aus dem Gesichtspunct eines stillschweigenden Bekenntnisses zu erklären. Die Zurückgabe des Schuldscheins wird aber auch als Verzicht behandelt. Cf. l. 2 §. 1 D. de pact. (2, 14).

23) Paulus: R. S. V. 5a. §. 3 („convinci autem non nisi scriptura aut testibus potest") beweist keineswegs die Unzulässigkeit des mündlichen Geständnisses, welches ein „testibus convinci" sein würde; entscheidend ist aber nov. 90 c. 2. Vgl. auch c. 3 X. de succ. ab int. (3, 27).

24) S. Bethmann-Hollweg S. 297 Note 115.

25) Zweifelhaft ist, ob der Umstand, daß ein Schuldschein durchstrichen, zerrissen oder in des Schuldners Besitz ist, einen gleichsam urkundlichen Beweis der Zahlung erbringe, oder ob dem Schuldner der Beweis obliege, daß der Schuldschein vom Gläubiger durchstrichen, zerrissen oder zurückgegeben worden sei. Jene Auffassung wird von Glück: Commentar XXI. S. 371, diese in der Hauptsache gewiß mit Recht von Gerau in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XX. S. 87 fg. vertreten. Den Ausgangspunct bildet die 15 C. de solut. (8, 43). Nach dieser Stelle soll der Besitz des Schuldscheins, und kann folglich auch der Besitz des zerrissenen oder durchstrichenen Schuldscheins für den Schuldner zum Beweise der Zahlung nicht ausreichen; mithin ist das Zurückgeben das Wesentliche und zu beweisen. Eben so wenig aber kann das Zerrissen- oder Durchstrichensein eines im Besitz des Gläubigers verbliebenen Schuldscheins als Beweis der Zahlung gelten, es kommt darauf an, daß der Gläubiger diesen Zustand herbeigeführt hat, und eine Präsumtion wird hierfür nur etwa dann anzunehmen sein, wenn der Gläubiger den so beschaffenen Schuldschein selbst zum Beweise benutzt.

26) So im Wesentlichen Bähr a. a. O. (Note 1) im Anhang, dem namentlich darin beizutreten ist, daß die exc. n. n. pec. in Anwendung auf Urkunden

Voraussetzung eine auf Rückgabe der Urkunde gerichtete Klage, die condictio causa data causa non secuta, concurrirt.[27] Diese Concurrenz aber ist um deswillen von Wichtigkeit, weil sie es möglich gemacht hat, die Einrede derselben Verjährung wie die Klage zu unterwerfen, und mit Rücksicht darauf, daß erfahrungsmäßig in den meisten Fällen die erwartete Zahlung wirklich nachfolgt, die Verjährung beider Rechtsmittel an verhältnißmäßig kurze Fristen zu binden, deren Lauf übrigens auch durch eine dem Gegner gerichtlich oder außergerichtlich zu übermittelnde schriftliche Protestation soll unterbrochen werden können.[28] Gegen Scheine über Darlehne und darlehnähnliche Geschäfte werden jene Rechtsmittel zwei Jahre lang,[29] und gegen Quittung innerhalb dreißig Tage nach der Ausstellung zugelassen,[30] gegen das schriftliche Bekenntniß

ganz ebenso wie Stipulationen gegenüber (vgl. §. 17 N. 23) den Beweis der anticipirten, d. h. der in Erwartung der nachfolgenden Leistung geschehenen Ausstellung fordert. Jedoch ist festzuhalten, daß der Beweis nicht, wie es bei Bähr herauskommt, ein Gegenbeweis, sondern der Beweis einer Beweiseinrede ist, und deshalb auch durch Eidesdelation — l. 14 §. 3 C. de n. n. pec. (4, 30), nov. (n. gl.) 138 c. 6 — geführt werden kann. Vgl. Schlesinger a. a. O. (Note 1) S. 239 fg., S. 291 fg., und über die älteren Ansichten Gneist: Die formellen Verträge I. §. 10. Uebrigens gehört die Anwendung der exc. n. n. pec. als Beweiseinrede Empfangsbescheinigungen gegenüber erst dem spätesten R. R. an; sie tritt unzweifelhaft in tit. I. de litt. oblig. (3, 21) [vgl. Theophilus ad h. tit.], l. 14 C. de n. n. pec. (4, 30), l. 16 (rest.) C. de fide instr. (4, 22), l. 3 C. de dote cauta n. n. (5, 15), nov. 18 c. 8, nov. 100, nov. (n. gl.) 136 c. 6, und wenigstens im Sinne des justinianeischen Rechts auch in l. 4 C. de cond. ex lege (4, 9), l. 5 C. si cert. pet. (4, 2) hervor. Vgl. Schlesinger a. a. O. S. 235 fg.

27) L. 4 C. de cond. ex lege (4, 9). Vgl. die vorige Note. Wo sonst diese Klage in Concurrenz mit der exc. n. n. pec. erwähnt wird — cf. l. 1 §. 1, 2 D. de cond. sine causa (12, 7), l. 3 C. de postul. (2, 6), l. 7 C. de n. n. pec. (4, 30) —, setzt sie eine Stipulation oder Stipulationsurkunde voraus. Auf Empfangsscheine ist sie eben so wie die exc. n. n. pec. erst in spätester Zeit angewandt worden.

28) L. 14 §. 4 C. de n. n. pec. (4, 30), l. 21 C. de episc. aud. (1, 4), nov. 100 c. 1. Vgl. auch l. 8—10 C. de n. n. pec., l. 5 C. si cert. pet. (4, 2), l. 4 C. de cond. ex lege (4, 9). Man faßt wohl die genannten drei Rechtsmittel unter dem Ausdruck querela non numeratae pecuniae zusammen, über dessen Bedeutung zu vergl. ist Gneist a. a. O. I. §. 8.

29) Anfangs „non post multum temporis", was dann durch kaiserliche Constitution auf 5 Jahre fixirt, und schließlich von Justinian in l. 14 pr. C. de n. n. pec. (4, 30) auf 2 Jahre beschränkt wurde. Cf. tit. I. de litt. oblig. (3, 21). Daß vor der fünfjährigen eine einjährige Frist bestanden, läßt sich aus l. un. C. Herm. de cauta et n. n. pec. nicht mit Sicherheit schließen. Vgl. Bähr a. a. O. S. 312. Ohne Angabe der Dauer wird die Frist erwähnt in l. 8, 9, 10 C. de n. n. pec. (4, 30), l. 3 C. de post. (2, 6), l. 5 C. si cert. pet. (4, 2), l. 4 C. de cond. ex lege (4, 9), l. un. §. 4 C. Th. si cert. pet. de chirogr. (2, 27). In Betreff der Anwendung dieser Frist auf Scheine über darlehnsähnliche Geschäfte vgl. l. 14 pr. C. de n. n. pec. und dazu Bähr S. 316 fg., Schlesinger S. 257 fg.

30) L. 14 §. 2 C. de n. n. pec. (4, 30).

der dotis numeratio nur im ersten Jahre nach Auflösung der Ehe, falls die Ehe längstens zwei Jahre, und nur noch in den ersten drei Monaten, wenn sie über zwei und nicht länger als zehn Jahre gedauert hat.[31] Dem Ablauf dieser Fristen steht die nachfolgende Anerkennung des Empfangs, wie eine solche in der Zahlung von Zinsen enthalten ist und mit der partiellen Rückzahlung verbunden zu sein pflegt,[32] so wie der nachfolgende Verzicht[33] gleich, und von vornherein sind Depositenscheine, Quittungen über öffentliche Abgaben und Quittungen über die Erfüllung des Dotalversprechens[34] unanfechtbar. Jedoch hat der Ausschluß der exc. n. n. pec. und der mit ihr concurrirenden Rechtsmittel in keinem der genannten Fälle auch den Ausschluß des Gegenbeweises zur Folge,[35] so wenig

31) Nov. 100. Durch l. 3 C. de dote cauta n. n. (5, 15) hatte Justinian für alle Fälle eine einjährige Frist angeordnet. Vgl. dazu Osenbrüggen: Zur Interpretation des C. J. C. Cap. 2, Schlesinger a. a. O. S. 267 fg.

32) L. 4 C. de n. n. pec. (4, 30) und dazu Gneist a. a. O. S. 52 fg., Bähr S. 333, Schlesinger S. 307.

33) Nicht der im Empfangschein selbst enthaltene Verzicht. Vgl. Glück: Commentar XII. S. 155 fg., Unterholzner im Arch. für civ. Pr. VII. S. 47 fg., Puchta: Pandecten §. 305, Arndts: Lehrb. der Pandecten §. 281 Anm. 8.

34) L. 14 §. 1 C. de n. n. pec. (4, 30). Das in dieser Constitution von den Quittungen über öffentliche Abgaben Gesagte wird in l. 4 C. de apoch. publ. (10, 22) wiederholt. Wegen der Quittungen über Erfüllung des Dotalversprechens vgl. Schlesinger S. 271 fg.

35) Diese Annahme, obwohl in der Praxis vorherrschend, ist von der Theorie bei Weitem nicht allgemein gebilligt. Gneist a. a. O. S. 89 fg., welcher die Frage am gründlichsten bearbeitet hat, sieht den Gegenbeweis im Falle der Verjährung der Einrede als ausgeschlossen an, läßt ihn dagegen in den übrigen Fällen in Ermangelung bestimmter Quellenzeugnisse zu. Diese Unterscheidung hat aber gar keine innere Berechtigung; für den Erfolg muß es gleichgültig sein, aus welchem Grunde die Einrede wegfällt. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob sich die exc. n. n. pec. als wahre exceptio gegen eine Stipulation, oder als Beweiseinrede gegen einen Empfangsschein richtet. Denn wenngleich in beiden Fällen der Wegfall der Einrede ganz dasselbe bedeutet, so muß sich doch die Wirkung nach Maaßgabe des gegenüberstehenden Rechts in jedem verschieden gestalten. Ist dieses Recht die Forderung aus einer Stipulation, so erhält dieselbe die ihr zuständige, durch die Einrede gehemmte Kraft zurück, ohne daß von einem Gegenbeweise überhaupt die Rede sein kann, und darauf beziehen sich l. 8 C. de n. n. pec. (4, 30), Interpr. ad tit. C. Th. si cert. pet. (2, 27), so wie wenigstens in ihrer ursprünglichen Bedeutung auch l. 4 C. de cond. ex lege (4, 9). Stand dagegen die erloschene Einrede einer Urkunde, d. i. einem Beweismittel gegenüber, so ist dieses jetzt als so beweistüchtig zu betrachten, wie es an sich zu sein vermag, und hier ist ein Gegenbeweis nicht bloß gedenkbar, sondern in der That auch zuzulassen, weil nicht abzusehen ist, warum die Urkunde, was der Ausschluß des Gegenbeweises besagen würde, aus einem Beweismittel in einen Schuldgrund umgewandelt sein sollte. Ein argumentum a contrario für dieses Resultat liefert l. 14 §. 3 C. de n. n. pec. (4, 30) — vgl. auch nov. (n. gl.) 136 c. 6 —, und jedenfalls stehen die von Gneist zur Unterstützung der jenseitigen Ansicht citirten Stellen nicht in Widerspruch. Aus dem tit. I. de litt. oblig. (3, 21) läßt sich Nichts entnehmen; das „non

wie andererseits die Entkräftung des Empfangsbekenntnisses den Gegner hindert, den mit demselben versuchten Beweis auf andere Art zu erbringen. Nach einer nicht mehr practischen Vorschrift des R. R. soll sogar die Erbringung dieses Beweises, wenn es sich um den Beweis der Klage handelt, die Verurtheilung des Schuldners ins Doppelte nach sich ziehen, falls nicht noch auf die vom Gläubiger gewählte Eideszuschiebung sogleich ein Geständniß erfolgt.[36]

Zeugenaussagen.*

§. 23.

Unter Zeugniß im technischen Sinne verstehen wir die Aussage eines beim Ausgang des anhängigen Processes nicht betheiligten Dritten über die Wahrheit einer von ihm wahrgenommenen streitigen Thatsache.[1]

I. In dieser Begriffsbestimmung liegt, daß untüchtig (inhabiles) sind, Zeugen zu sein, die, welchen die Fähigkeit der Wahrnehmung oder das Vermögen der Erinnerung und der Deposition des Wahrgenommenen abgeht, so wie die am Ausgange

---

esse sibi solutas pecunias — dicere" der l. 14 §. 2 C. de n. n. pec. ist die Bezeichnung der exc. n. n. pec., und kann schon dem Wortlaut nach („dicere") vom Gegenbeweise nicht verstanden werden; die in nov. 100 c. 1 von der Absicht zu schenken hergenommene Argumentation aber soll eben nur die gänzliche Ausschließung der Querel nach 10jähriger Dauer der Ehe rechtfertigen, und ist, wie schon als ratio legis unpassend — s. Gneist S. 91 —, gewiß nicht geeignet, beiläufig einen der ratio juris so durchaus widerstreitenden neuen Rechtssatz einzuführen.

36) Nov. 18 c. 8. S. §. 30.

* Tit. Dig. 22, 5. Cod. 4, 20 de testibus. C. Theod. 11, 39 de fide test. et instr. X. 2, 20. Lib. VI. 2, 10. Clem. 2, 8 de test. et attestationibus. X, 21 de test. cogendis. — Tract. de testibus probandis vel reprobandis variorum auctorum et quidem omnium, qui his de rebus quicquam memorabile commentati sunt, Col. 1575 fol. Tract. de testibus et universa testimoniorum materia diversorum celeberrimorum ICtorum, Venet. 1568, Col. 1596 (nach Lipen s. v. testis auch 1599) 4., und in den Tract. univ. jur., Venet. 1584 tom. IV. Prosper Farinacius: Tr. de testibus, Lugd. 1589 und öfter. Gönner: Handbuch II. 53. Gmelin: Ueber die Beweiskraft eines Zeugen, Tüb. 1806. Pratobevera: Materialien VII. S. 199—366. Mittermaier im Arch. für civ. Pr. V. 2, 6. Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen I. 8, II. S. 419—424, IV. Abth. 1 S. 213—226, Abth. 2, S. 81—122. Linde in der Zeitschr. für C.R. u. Pr. I. 12, III. 9. Alfr. Escher: Diss. de testium ratione, quae Romae Ciceronis aetate obtinuit, Turici 1842. Langenbeck: Die Beweisführung, Cap. 16.

1) Es ist hier nur von Beweiszeugen die Rede, nicht von Solennitätszeugen (testes rogati), weil diese ins Civilrecht gehören.

des Processes Betheiligten. Jene sind absolut, diese relativ untüchtig.

1. Der Wahrnehmung unfähig sind Wahnsinnige, infantes, und in gewisser Richtung Taube und Blinde.[1a] Ist die Wahrnehmung durch technische Kenntniß bedingt, wie es z. B. die von Krankheitssymptomen ist, so sind sachverständige Zeugen[2] erforderlich, diejenigen also zum Zeugniß ungeeignet, welchen die in Frage stehende Sachkenntniß mangelt. Die Wahrnehmungsfähigen können aber nur dann Zeugen sein, wenn sie zugleich das Vermögen haben, wahrgenommene Thatsachen in Gedanken festzuhalten und sich mit Bewußtsein über sie auszusprechen, ein Vermögen, welches den in Wahnsinn Verfallenen und Unmündigen abgeht. Die Unmündigen sind daher schlechthin vom Zeugniß ausgeschlossen,[3] wogegen angenommen werden muß, daß sie nach eingetretener Mündigkeit über Wahrnehmungen, die sie als infantia majores gemacht haben, Zeugniß ablegen dürfen, und falls sie dieselben mit der erforderlichen Bestimmtheit gemacht und festgehalten haben sollten, möglicher Weise sogar vollen Glauben verdienen.[3a] Selbstverständlich aber kommt weder die Wahrnehmungs-, noch die Depositionsfähigkeit in Frage, wo die vorgeschlagenen Zeugen von der zu beweisenden Thatsache aus äußeren Gründen Nichts wissen können, oder ihre Kenntniß derselben aus den Mittheilungen Anderer ableiten (testes de auditu),[4] sofern es sich im letzteren Falle nicht gerade darum handelt, daß die Zeugen von Anderen Etwas gehört oder nicht gehört haben,

---

1a) Die l. 20 §. 4 D. qui test. fac. (28, 1) und §. 6 I. de test. ord. (2, 10) handeln von Testamentszeugen, was namentlich bei der zweiten Stelle zu beachten ist. Dagegen s. Schwäb. Landr. (ed. Gengler) c. 14.

2) Ueber den Unterschied, der zwischen sachverständigen Zeugen und Sachverständigen besteht, vgl. §. 44 unter I. 2. a.

3) Cf. l. 3 §. 5, l. 19 §. 1 D. h. t. (22, 5), c. 1 C. 4 qu. 2 und 3. Nach C. R. dürfen die impuberes auch keinen Eid leisten. Cf. c. 14, 15 C. 22 qu. 5. Vgl. Gesterding I. S. 199 fg. und über die Anwendung dieser Frage auf den Beweis der unvordenklichen Verjährung Unterholzner: Verjährungslehre I. §. 150, Savigny: System IV. S. 521, Erk. des O. A. G. zu Cassel bei Seuffert: Archiv III. 116, Erk. des O. Trib. zu Stuttgart das. XIII, 290.

3a) Die Quellen geben über diese Frage keine Entscheidung. Daß die impuberes vom Solennitätszeugniß ausgeschlossen sind, beweist nicht, daß sie gegen die Natur der Sache auch als infantia majores für wahrnehmungsunfähig gelten sollen. Vgl. die Erk. des O. A. G. zu Cassel und des O. Trib. zu Stuttgart bei Seuffert: Archiv III. 116, XIII. 290, des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen V. 7.

4) Nov. 90 c. 2, c. 15 C. 3 qu. 9, c. 33, 47 X. h. t. (2, 20), C. C. C. art. 65.

wie beim Beweise der unvordenklichen Verjährung[4a] oder eines Gerüchts.[4b]

2. Ein unmittelbares Interesse am Ausgange des anhängigen Processes haben die Parteien selbst,[5] ein mittelbares Regreßpflichtige, Legatare, wenn über die Gültigkeit des ihnen günstigen Testaments gestritten wird, Corporationsmitglieder, falls sie aus dem von der Corporation geführten Proceß einen Vortheil oder Nachtheil zu erwarten haben,[6] und überhaupt alle, welche als Intervenienten aufgetreten oder aufzutreten berechtigt sind.[6a] Solchen Interessenten aber stehen diejenigen gleich, welche das processualische Interesse einer Partei in irgend einer Art zu dem ihrigen gemacht, insbesondere sich von ihr haben bestechen lassen,[7] oder ihr in dem anhängigen Proceß als Procuratoren oder Advocaten beistehen oder beigestanden haben,[8] so wie nicht minder die, welche in die

4a) Cf. l. 28 D. de prob. (22, 3), l. 2 §. 8 D. de aqua (39, 3).

4b) S. die Stellen in §. 21 Note 7. So wie aber das C. R. in matrimonio conjungendo vel disjungendo zum Beweise der Verwandtschaft und Schwägerschaft das Gerücht als ausreichend betrachtet, so auch testes de auditu. Cf. c. 5, 27, 47 X. h. t. (2, 20), c. 3 X. qui matr. acc. (4, 18).

5) L. 10 D. h. t. (22, 5) [„Nullus idoneus testis in re sua intelligitur"], l. 10 C. eod. (4, 20) [wahrscheinlich der l. un. C. Th. ne quis in sua causa judicet vel jus dicat (3, 5) entlehnt, und mit l. 10 D. cit. wörtlich in c. 3 §. 24, 39 C. 4 qu. 2, 3 aufgenommen]. Vgl. auch Cic. pro Roscio Amerino c. 36.

6) In den Processen von Stiften und Klöstern sind daher Geistliche und Mönche nicht ausgeschlossen, „nisi alia rationabilis causa impediat". Cf. c. 1 C. 14 qu. 2, c. 5 X. de prob. (2, 19), c. 6, 12, 38 in f. X. h. t. (2, 20), c. 26 in f. X. de jurejur. (2, 24), und dazu W. Sell in den Jahrb. für hist. und dogm. Bearbeitung des R. R. von K. Sell und W. Sell, II, 4, 6.

6a) Daß auch hier noch der Begriff der causa propria zutrifft, beweist l. 1 §. 11 vgl. mit l. 2 §. 1 D. qu. appell. (49, 4).

7) L. 33 D. de re jud. (42, 1), l. 17 C. h. t., c. 9 X. de prob. (2, 19), c. 5, 9 X. h. t., c. 10 in f. X. de praesumt. (2, 23), Schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 74, C. C. C. art. 64. Nach R. R. sind Bestochene als falsarii überhaupt unfähig — l. 3 §. 5 D. h. t. vgl. mit l. 1 §. 2 D. ad leg. Corn. de fals. (48, 10).

8) L. 25 D. h. t. („Mandatis cavetur, ut Praesides attendant, ne patroni in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicant. Quod et in executoribus negotiorum observandum est"), c. 6 X. h. t. (2, 20), c. 3 in VI. eod. (2, 10). Die Bedeutung der in wörtlicher Uebereinstimmung mit l. 25 D. cit. auch in c. 3 §. 19 C. 4 qu. 2, 3 erwähnten executores negotiorum ist dunkel. Nach l. 8 C. de off. rect. prov. (1, 40), l. 4 C. Th. de princ. agent. (6, 28) und l. 1 C. Th. de pign. (2, 30) vgl. mit l. 7 C. J. quae res pign. (8, 17) werden sie auch intercessores genannt, und in l. ult. C. de jud. (3, 1) erscheint in richterlicher Function ein „executor negotii, cui mandata est hujusmodi causae examinatio". Die Bezeichnung „executor" deutet darauf hin, daß sie Hülfsbeamte sind — cf. tit. C. Th. de executoribus et exactoribus (8, 8), tit. C. J. eod. (12, 61) —, und aus den angeführten Stellen ist zu entnehmen, daß sie im Dienst der Parteien verwandt werden konnten. Hiermit stimmen überein Gesterding a. a. O. (Note *) IV. 1

Interessen einer der Parteien allgemein verflochten sind, sei es, daß sie mit ihr in derselben familia stehen,[9] oder daß sie ihren Befehlen gehorchen müssen (wie Sclaven und filiifamilias).[10]

Alle diese Personen können der Natur der Sache nach, einerlei von welcher Partei sie vorgeschlagen werden, keinen Beweis erbringen, und sollen daher, falls der ihnen anhaftende Mangel schon vorher festzustellen ist, auch gar nicht zur Vernehmung zugelassen werden.[11]

II. Indessen soll der Richter seine Ueberzeugung doch nicht ohne Weiteres durch die Aussagen solcher Zeugen bestimmen lassen, welche den aus dem Begriffe des Zeugnisses sich ergebenden Anforderungen entsprechen. Denn abgesehen davon, daß Eltern und Kinder gegen einander,[12] und Beamte rücksichtlich dessen, was sie als solche erfahren haben, und geheim zu halten verpflichtet sind,[13] kein Zeugniß ablegen dürfen, auch wenn sie dazu

---

S. 218 fg., Heffter: System §. 239 Note 137, Erk. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde III. 10, Erk. des O. A. G. zu Oldenburg bei Seuffert: Archiv VI. 275.

9) L. 9 D. h. t. [„Testis idoneus pater filio aut filius patri non est"]. Eine Ausnahme macht in matrimonio conjungendo vel disjungendo das in Note 4b citirte c. 3 X. qui matr. acc. (4, 18). Von den Gliedern der Familie im röm. Sinn ist nach §. 8, 9 I. de test. ord. (2, 10) und Theoph. ad h. l., so wie nach l. 17, 24 [identisch mit Pauli R. S. V. 15 §. 1] D. h. t. (22, 5) und Ulp. fr. XX. 8 auch das „domesticum testimonium" der l. 3 C. h. t. zu verstehen, wogegen c. 1 C. 14 qu. 2 die „domestici" und c. 24 X. h. t. (4, 20) die „familia" in einem weiteren Sinne nimmt. Ueber die Solennitätszeugen vgl. §. 9, 10 I. de test. ord. (2, 10), l. 20 pr. D. qui test. fac. poss. (28, 1).

10) L. 6 D. h. t. (22, 5) [„Idonei non videntur testes, quibus imperari potest, ut testes fiant"], l. 8 C. eod. (4, 20), c. 10 in f. X. de V. S. (5, 40).

11) Es heißt von ihnen: non admittantur, respuantur, repellantur. Das R. R. nennt sie testes non idonei.

12) L. 6 C. h. t. (4, 20). Anders in matrimonio conjungendo vel disjungendo beim Beweise der Verwandtschaft nach c. 3 X. qui matr. acc. poss. (4, 18). Vgl. das Erk. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen II. 16, Erk. des O. A. G. zu Celle bei Seuffert: Archiv V. 320.

13) Das C. R. redet von dem Beichtsiegel der Geistlichen — c. 2 D. 6 de poenitentia, c. 12 i. f. X. de poen. et remiss. (5, 38), c. 13 X. de excess. prael. (5, 31), womit in Betreff der an diese Bestimmungen des C. R. gleichfalls gebundenen protestantischen Geistlichen zu vgl. ist das Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert: Archiv XI. 190, welches weitere Nachweisungen gibt —, die Ausdehnung auf andere öffentliche Beamte leidet aber keinen Zweifel, wie denn den Advocaten und Procuratoren des R. K. G. durch ihren Eid ausdrücklich anempfohlen ist, „Heimlichkeit und Behelff, so sie von denen Partheyen empfahen oder Unterricht der Sache, die sie von ihnen selbsten merken werden, ihren Partheyen zu Schaden niemanden zu offenbaren". Vgl. K. G. O. von 1495 tit. 5, von 1555 I. 63, 64, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 76, 77. Ueber die Aerzte vgl. Spangenberg in der Zeitschr. für C. R. und Pr. III. 4.

bereit sein sollten, wird den Parteien und namentlich dem Gegner des Probanten nicht zugemuthet, den Zeugen den Ausgang des Processes bloß deshalb in die Hand zu geben, weil dieselben die Wahrheit sagen können und bei der Sache unbetheiligt sind. Vielmehr ist unter Voraussetzung dieser materiellen Merkmale die volle Beweiskraft der Zeugenaussagen von dem Hinzutreten gewisser, die Glaubwürdigkeit sichernden formellen Momente abhängig gemacht worden, welche nur da für entbehrlich zu achten sind, wo ein öffentlicher Beamte Thatsachen bekundet, die er innerhalb seiner amtlichen Competenz wahrgenommen hat. Die Glaubwürdigkeit eines Zeugen aber ist einestheils durch seine Ehrlichkeit, anderntheils durch die Genauigkeit bedingt, mit welcher er die zu bekundende Thatsache wahrgenommen hat, und in seine Erinnerung zurückzurufen vermag. Es wird deshalb

1. weil alle Ehrlichkeit ihren Grund in der Gottesfurcht hat, von dem Zeugen vor der Vernehmung die eidliche Betheuerung verlangt,[14] daß er die ganze Wahrheit sagen und Nichts verschweigen wolle.[15] Dieser Eid, welchen der Richter in Gegenwart der Parteien nach vorgängiger Verwarnung vor dem Meineid abzunehmen hat,[16] ist Niemanden erlassen,[17] falls nicht die Parteien selbst darauf verzichten.[18] Doch genügt bei Beamten in den vorhin bezeichneten Grenzen die Berufung auf ihren Amtseid,[19] und

---

Der Privateid dagegen, daß man kein Zeugniß ablegen wolle, steht dem Amtseid nicht gleich, und befreit daher nicht. Cf. c. 18, 45 X. h. t., c. 4, 11 X. de test. cog. (2, 21).

14) L. 9 pr., l. 16 (rest.), 18 C. h. t. (4, 20), und über das R. R. vor Constantin Malblanc: Doctrina de jurejur. §. 78 — sodann c. 20 C. 3 qu. 9, c. 5, 9, 16, 17, 39, 51 X. h. t. (2, 20).

15) Formulare des Zeugeneides finden sich in c. 5, 47 X. h. t. (2, 20) [s. auch c. 1 X. de falsis (5, 20), c. 80 C. 11 qu. 3], bei Pillius de ord. jud. III. §. 10, Tancredus de ord. jud. III. 9 §. 1, Durant. in Spec. jur. I. 4 de teste §. 4 nr. 4 und in der K. G. O. von 1555 I. 77. Die Form der eidlichen Betheuerung ist dieselbe, wie bei den als Beweismittel dienenden Eiden der Parteien, wovon unten in §. 25.

16) Die Verwarnung rechtfertigt sich aus c. 1 X. de falsis (5, 20). Nach C. R. sollen die Zeugen nüchtern sein — c. 1 X. h. t. (2, 20) —.

17) Auch nicht den Geistlichen — c. 39, 51 X. h. t. (2, 20) —. Nicht entgegen c. 38 C. 2 qu. 6, c. 22 C. 22 qu. 5. Vgl. Glück: Commentar XXII. S. 193.

18) C. 39 X. h. t. (2, 20).

19) Dies beruht auf germanischem Gerichtsgebrauch, da das nachträglich angeführte c. 6 X. de renunc. (1, 9) vom Urtheil, und das c. 7 X. de prob. (2, 19) von Verfügungen des Richters handelt. Nach sächs. Landr. III. 88 §. 1 und Richtsteig (ed. Homeyer) c. 34 §. 7 zeugen Richter und Fronbote bei des Königs oder Reiches Hulden, die Schöppen bei den Eiden, die sie zu der Bank (Gerichtsbank) geschworen haben. S. auch Kopp: Nachrichten I. §. 378.

bei fürstlichen Personen nach Analogie des R. A. von 1555 §. 38 die Versicherung bei fürstlichen Würden.[20] Dagegen begründet aber auch der geleistete Zeugeneid eine Präsumtion für die Wahrhaftigkeit des an sich fähigen Zeugen, und wenngleich daneben das gemeine Recht andere moralische Gesichtspuncte nicht unberücksichtigt läßt, so können diese nach heutiger Praxis die Kraft der Aussage doch nur mindern, nicht mehr, wie früherhin in mehreren Fällen angenommen wurde, ganz aufheben. Denn das C. R. hat die in seinen älteren Quellen ausgesprochene Unfähigkeit der Frauen („Nam varium et mutabile testimonium semper femina producit"), welche das R. R. nur nicht als testes rogati gelten lassen wollte,[21] später auf den Criminalproceß beschränkt.[22] Die vom R. und C. R. statuirte Ausschließung der Ketzer und Juden vom Zeugniß gegen rechtgläubige Christen,[23] die Unfähigkeit der Excommunicirten nach canonischem,[24] und die der Rechtlosen und Geächteten nach deutschem Rechte[25] ist theils schon durch das neuere gemeine Recht, theils durch die Particularrechte beseitigt worden.[26] Und die Bestimmung des R. R., daß Infame,[27] so wie die des C. R., daß auch nicht infame, und sogar erst vor dem

---

Cf. Colerus: Decis. I. 196 nr. 3, Carpzov: Defin. I. 16 d. 27, III. 3 d. 12, Philippi: Decis. XLIV. 3 nr. 18, J. H. Boehmer: J. E. P. II. 20 §. 23, Biener: Systema proc. jud. I. §. 141 not. 3, Glück: Commentar XXII. S. 197. Uebrigens erkannte man die obige Regel für die nuncii judicis schon in den weltlichen Gerichten Italiens als Gewohnheitsrecht an. Cf. Jo. Andreae in Addit. ad Spec. Dur. II. 1 de citat. §. 4 nr. 6. not. g.

20) Vgl. Glück a. a. O. XXII. S. 196.

21) L. 18 D. h. t. (22, 5) vgl. mit l. 15 §. 1 D. eod., §. 6 I. de test. ord. (2, 10), l. 20 §. 6 D. qui test. fac. poss. (28, 1), l. 11 C. qui pot. in pign. (8, 18).

22) C. 17, 19 C. 33 qu. 5, c. 10 X. de V. S. (5, 40) vgl. mit c. 22 X. h. t. (2, 20), und über ihre Vernehmung in Disciplinarsachen c. 3, 33 X. eod.

23) L. 21 C. de haeret. (1, 5), l. 3 C. de apost. (1, 7), nov. 45 c. 1, c. 26 C. 2 qu. 7, c. 21 X. h. t. (2, 20), c. 1 X. de haeret. (5, 7).

24) C. 8 in VI. de sent. excomm. (5, 11).

25) Sächs. Ldr. II. 36 §. 4, III. 28 §. 1,—II. 63 §. 2, Richtst. Ldr. c. 32 §. 8, Schwäb. Ldr (ed. Gengler) c. 39 §. 4, c. 54 §. 8, Const. pac. a. 1235 c. 11. (bei Pertz II. p. 316).

26) Ueber die confessionellen Verhältnisse vgl. J. P. O. V. §. 25 und J. H. Boehmer II. 20 §. 3, über die Juden Mynsinger: Obs. V. 6 und über die Rechtlosen Budde: Ueber Rechtlosigkeit §. 17.

27) Die lex Julia de vi (und wahrscheinlich ebenso repetundarum und peculatus) hatte für die durch sie constituirten judicia publica eine große Zahl infamirender Thatsachen als Gründe der Ausschließung vom Zeugniß aufgeführt, was die Juristen verallgemeinerten und auch auf Civilsachen ausdehnten. Cf. l. 3 §. 5 D. h. t. mit l. 13, 14, 15 pr., 18, 20, 21 pr. D. eod., l. 20 §. 5, 6 D. qui test. fac. poss. (28, 1).

Civilrichter überführte Verbrecher[28] zum Zeugnisse nicht zu admittiren seien, hat heut zu Tage um deswillen keine Geltung mehr, weil die Glaubwürdigkeit des Verbrechers, wenn demselben nicht ein Meineid oder ein infamirendes Verbrechen zur Last fällt, nach C. R. durch Buße wiederhergestellt werden kann,[29] und folgeweise in den weltlichen Gerichten, welche kein Bußsystem haben, nach der Beschaffenheit des Verbrechens in jedem Falle besonders zu prüfen ist, die römische Infamie aber und mit ihr jene Bestimmung über infame Verbrecher in Deutschland überhaupt keine Aufnahme gefunden hat.[30] Es bleiben also nur die Meineidigen als solche übrig, denen eine ausdrückliche und noch immer anwendbare Vorschrift schlechthin allen Glauben versagt.

Nicht aber bloß Verbrecher sind von zweifelhafter Glaubwürdigkeit, sondern auch sonstige Personen, welche ihres schlechten Lebenswandels wegen anrüchig sind, oder von denen man als Unbekannten[31] nicht weiß, ob sie es nicht sind.[32] So wie in gleicher Weise Alle, bei welchen sich aus irgend einem Grunde nicht mit Sicherheit annehmen läßt, daß sie die volle Wahrheit und Nichts als die Wahrheit sagen werden, sei es weil die Sicherheit ihrer Wahrnehmung Bedenken unterliegt, oder weil sie als Ehegatten, Verlobte, Verwandte, Schwäger,[32a] Freunde, Dienstboten u. s. w. für den Probanten, oder wegen feindlicher Verhältnisse gegen den Probaten eingenommen sind,[32b] oder weil sie in einem ähnlichen

---

28) C. 10, 13, 20, 54, 56 X. h. t. (2, 20), c. 2 i. f. X. de ord. cogn. (2, 10), c. 1 X. de except. (2, 25). Ueber die Meineidigen vgl. auch c. 14 C. 22 qu. 5, c. 7 X. h. t.

29) C. 54 X. h. t. („— Si vero sit de crimine emendatus, et eum non comitetur infamia: non est in causa civili, vel etiam cum de crimine civiliter agitur, praeterquam pro reatu perjurii repellendus“).

30) Vgl. Savigny: System II. S. 221, S. 224 fg., und wegen der Not. O. von 1512 §. 2 Budde a. a. O. S. 123.

31) Dies allein ist der Sinn der nov. 90 c. 1 §. 1. Vgl. auch Kaiserr. I. 19, C. C. C. art. 63.

32) L. 2, 3 pr. §. 1—3, l. 13, 21 §. 2, 3 D. h. t. (22, 5), l. 5, 9 pr. C. h. t. (4, 20), nov. 90 c. 1, 7, c. 9 X. de prob. (2, 19), c. 22, 47 X. h. t. (2, 20), C. C. C. art. 71. Ueber l. 23 D. h. t. vgl. Glück: Commentar XXII. S. 232 fg.

32a) Ueber die Nähe der Verwandtschaft und Schwägerschaft läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen; in den entfernteren Graden wird auf den verwandtschaftlichen Verkehr zu sehen sein. Vgl. Langenbeck a. a. O. S. 489.

32b) Einige der genannten Verhältnisse, z. B. die Verwandtschaft, Freundschaft u. s. w., können den Zeugen in gleiche Beziehungen zu beiden Parteien setzen, und wo dies der Fall ist, hören sie auf Verdachtsgründe zu sein. Arg. l. 67 §. 1 D. de ritu nupt. (23, 2). Vgl. das Erk. der Jur. Fac. zu Halle bei Seuffert: Arch. IX. 92, wo sich weitere Nachweisungen finden.

Streitverhältniß wie der Probant stehen. Zeugen, welche aus einem dieser Gründe keinen vollen Glauben verdienen, werden **verdächtig** (testes suspecti) genannt. In welchem Grade die Glaubwürdigkeit solcher Zeugen gemindert ist, ihre Aussagen also durch anderes Beweismaterial ergänzt werden müssen, hat der Richter nach den Umständen zu bemessen.[33] Die Verdachtsgründe aber geltend zu machen und nöthigenfalls zu beweisen, ist Sache des Probaten, der nur insofern eine Erleichterung genießt, als er sich der Zeugen selbst zum Beweise der sie verdächtigenden Eigenschaften und Verhältnisse bedienen darf, indem die Fragen, welche er dieserhalb in schriftlicher Form übergibt, die s. g. interrogatoria generalia,[34] den Zeugen bei der Vernehmung vorzuhalten sind, außer so weit sie beschämende Antworten oder das Geständniß von Verbrechen hervorzurufen bezwecken,[35] ohne auf das Beweisthema unmittelbar Bezug zu haben.[35a] Ex officio werden Verdachtsgründe der bezeichneten Art[35b] (im Gegensatz zu den sich aus den Acten ergebenden Gründen der Unfähigkeit) vom Richter um deswillen nicht berücksichtigt, weil es sich dabei um persönliches Vertrauen handelt, und die Aussagen eines als verdächtig angefochtenen Zeugen für den Probaten, wenn sie ihm günstig sind, keinen

---

33) Ueber das R. R. vgl. die Stellen der Note 32. Wie aber schon die nov. 90 c. 7 vorschreibt, daß der, welcher den Probaten peinlich angeklagt habe, auf Grund des sofortigen Beweises dieses Umstandes zum Zeugniß nicht zugelassen werden sollte (was heut zu Tage unpractisch ist), so scheint das C. R., obschon es bei widerstreitenden Aussagen das Ansehen der Zeugen nicht unberücksichtigt läßt — c. 9 X. de prob. (2, 19), c. 32 X. h. t. (2, 20) — verdächtige Zeugen allgemein von dem Eide und der Vernehmung ausgeschlossen zu haben, um nicht zu einem Meineide Veranlassung zu geben — c. 22, 24 [„de quibus verisimile non esset, quod deberent pro aliquo dejerare"], c. 47 X. eod. — womit auch c. 3 X. de fidejuss. (3, 22) [„quanta fides"] nicht im Widerspruch steht. Die Reichsgesetze aber halten sich an das R. R. Vgl. J. R. A. §. 56: „Und demnach mehrentheils in des Richters Ermessen steht, was und wie viel den abgehörten Zeugen und deren Aussagen zu glauben".

34) Die interrogatoria (nicht gerade die generalia) werden erwähnt in c. 2 in VI. h. t. (2, 10) verb. „Testes etiam — — examines, secundum partis adversae interrogatoria".

35) J. R. A. §. 53: „Es sollen aber keine Interrogatoria criminosa et quae turpitudinem respondentis continent, bei Straf nach Ermäßigung gesetzt, weniger er der Zeug darüber examinirt und angefragt werden".

35a) Betreffen die gestellten Fragen das Beweisthema selbst, haben sie also den Character von interrogatoria specialia (Note 53), so sind sie, wenn von der angeführten Beschaffenheit, nicht unstatthaft; dagegen hat der Zeuge das Recht, ihre Beantwortung zu verweigern (Note 51). Vgl. das Erk. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen III. 11.

35b) Ein Anderes gilt von solchen, welche sich aus der Art und dem Inhalt der Deposition ergeben („ex ipsis depositionibus testimonium eorum arguere"). Arg. l. 17 C. h. t. (4, 20).

Beweis erbringen sollen.[36] Wie denn der Probat auch nicht befugt ist, die Person eines Zeugen zu verdächtigen, dessen er sich in einem früheren Proceß selbst bedient hat, wofern die Verdachtsgründe nicht späteren Ursprungs sind.[36a]

2. Damit aber ferner die Zuverlässigkeit der Zeugen in Rücksicht auf ihre Wahrnehmung und Erinnerung constatirt werden könne, sollen sie ihre Aussagen vor Gericht machen.[37] Zu diesem Zwecke mußte der Probant nach vorjustinianeischem Recht die seiner Aufforderung freiwillig entsprechenden Zeugen, so viel ihrer waren, dem Gericht sistiren; das justinianeische und das canonische Recht aber haben die Gerichtsunterthanen verpflichtet, auf Befehl des ihnen vorgesetzten Richters gegen eine für Auslagen und Versäumniß zu gewährende billige Vergütung[37a] auch in Civilsachen Zeugniß abzulegen,[38] und deshalb hat der Probant die Personen, deren er sich als Zeugen bedienen will, mit einer auf ihre Vorladung gerichteten Bitte[39] dem Richter nur zu benennen, und ihm demnächst die vorgeladenen und erschienenen vorzustellen.[40] Ungehorsame werden auf weiteren Antrag zuerst mit Androhung von Strafen, dann aber unter Verurtheilung in die angekündigten Strafen mit schärferer Drohung geladen. Die Bestimmung des R. R., daß Kranke, Greise, Soldaten und solche, welche in öffentlichen oder auch, wenn nur nicht aus Chicane („non detrectandi testimonii causa"), in eigenen Angelegenheiten abwesend sind, vom Erscheinen entschuldigt sein sollen,[41] ist nicht mehr absolut anwendbar; denn das C. R. befiehlt Arme, Greise und Kranke in ihrer Wohnung zu

36) L. 17 C. h. t. (4, 20), c. 31 X. eod. (2, 20). Vgl. Bayer: Vorträge S. 815 fg. A. M. bezüglich der Verdächtigkeit Gesterding a. a. O. IV. H. 2 S. 94 und Schmid: Handbuch II. S. 243 N. 27.

36a) L. 17 C. cit.

37) L. 3 §. 3 D. h. t. (22, 5) verb. „nam ipse eos interrogare soleo".

37a) L. 3 §. 4 D. h. t., l. 11, 16 §. 1 (rest.) C. eod. (4, 20), c. 11 §. 8 in VI. de rescriptis (1, 3).

38) L. 16 pr. (rest.), l. 19 C. h. t. (4, 20), nov. 90 c. 8 (vgl. auch l. 21 §. 1 D. eod. und l. 14 C. eod.), tit. X. de test. cog. (2, 21). In Civilsachen gab es vor Justinian keinen directen Zwang, sondern nur einen indirecten für die bei einem Act zugezogenen Zeugen — Gell. N. A. XV. 13 —. Im Criminalproceß dagegen war dies von jeher anders, und hierauf beruht die von Quinctil. I. O. V. 7 zwischen testes voluntarii und necessarii aufgestellte Unterscheidung. Vgl. Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 133 N. 3.

39) Beschränkung einer übermäßigen Zahl — l. 1 §. 2 D. h. t. (22, 5), c. 37 X. eod. (2, 20).

40) L. 19 C. h. t. (4, 20) [„parte praesente, quae eos introducit"], nov. 90 c. 9.

41) L. 3 §. 6, l. 8, 19 pr. D. h. t. (22, 5) [welche Stellen sich ursprünglich auf den Criminalproceß bezogen], c. 3 §. 10—13 C. 4 qu. 2, 3.

vernehmen,[42] wie bereits Justinian rücksichtlich der Bischöffe gethan hatte,[43] und die Vernehmung der dem erkennenden Richter unerreichbaren Zeugen läßt sich auf dem Wege der Requisition bewirken.[44] Nothwendig aber ist die Requisition überhaupt da, wo der vorgeschlagene Zeuge einem fremden Richter unterworfen ist. Sie veranlaßt diesen regelmäßig, die Vernehmung mit Beobachtung aller gesetzlichen Formen selbst vorzunehmen, und nur bei geringeren Entfernungen wird auch die Ueberweisung des Zeugen an den requirirenden Richter für statthaft gehalten.[45] Die Behauptung eines Zeugen, daß er Nichts wisse, befreit ihn nicht von der Pflicht, dies eidlich zu erklären.[46] Dagegen sind, obschon nicht vom Erscheinen, so doch von der Ablegung ihres Zeugnisses diejenigen excusirt, welche zum Probaten in dem Verhältniß von Blutsverwandten (bis zum sechsten Grade und im siebenten von sobrino sobrinave nati), von Stief- oder Schwiegerältern, Stief- oder Schwiegerkindern, Ehegatten, Verlobten[47] oder Vasallen[48] stehen, so wie die Vermittler des streitigen Geschäfts,[49] — sofern nicht der Probat selbst die Vernehmung fordert[50] —, und der Billigkeit

42) C. 8 X. h. t. (2, 20).

43) Nov. 123 c. 7.

44) Nov. 90 c. 5.

45) Nov. 90 c. 5 [vgl. mit l. 16 (rest.) C. h. t., l. 18 C. de fide instr. (4, 21)], c. 3 X. de fidejuss. (3, 22). Aus dieser Decretale läßt sich bereits die Zulässigkeit einer Zusendung der Zeugen entnehmen. Cf. Tancred. de ord. jud. III. 8 §. 2, Dur. l. 4 de teste §. 3 nr. 14 und Jo. Andreae ad h. l.

46) Arg. l. 16 pr. (rest.) C. h. t. (4, 20).

47) L. 1 §. 1, l. 4, 5 D. h. t. (22, 5), l. 10 D. de grad. et aff. (38, 10).

48) F. II. c. 33 §. 1 in f.

49) Nov. 90 c. 8 („ὅσοι μεσῖται γεγόνασιν αὐτοῖς“ — nach der Vulg. „qui mediatores inter illos fuerunt“). Das c. 1 in VI. h. t. (2, 10) [„Mediatores, per quos scelus simoniae plerumque committitur, ad testimonium contra sceleris ejusdem auctores in detestationem criminis admittuntur, si non agatur criminaliter, sed civiliter, et emolumentum exinde non fuerint adsequuti“] gehört nicht hierher, da es nicht von der Excusation, sondern von der Fähigkeit zum Zeugniß handelt. Die „mediatores“ der nov. cit. aber sind nicht mit den executores negotiorum der l. 25 D. h. t. (Note 8) zu verwechseln, wie es Linde a. a. O. I. S. 285 fg. und die von diesem S. 291 Note 3 Citirten thun (vgl. auch die gl. prohibitione] ad nov. cit.), welche darunter alle Arten von Geschäftsführern, Vormünder, Procuratoren, Administratoren, Mäkler u. s. w. verstehen, sie sind vielmehr nur solche, welche die Abschließung des streitigen Geschäfts als Mäkler, Notare u. s. w. im beiderseitigen Interesse der Parteien vermittelt haben, die in der Sache „in Rathen und Thaten gewesen“, wie das Lübische Recht V. 7 Art. 15 und das Rostocker Stadtr. V. 7 Art. 10 es ausdrücken, indem sie diese Personen für unfähig zum Zeugniß erklären. Vgl. Heffter: System §. 239 Note 138.

50) Diese Beschränkung ist für die Vermittler in nov. 90 c. 8 ausdrücklich anerkannt; sie rechtfertigt sich aber aus der Natur der Sache auch für die

entspricht es, daß dieselbe Entschuldigung denen gestattet wird, welche de propria turpitudine schwören müßten.[51]

Vor der Abhörung der Zeugen nun muß der Probant (und dasselbe gilt vom Reprobanten) die zu beweisenden Thatsachen in so einfacher Fassung, wie sie unmittelbar haben wahrgenommen werden können, dem Richter als Gegenstand der Vernehmung vorlegen,[52] und der Probat kann dazu schriftliche Fragen stellen, welche den Grund, Umfang und die Specialität der Wissenschaft des Zeugen betreffen, die s. g. interrogatoria specialia.[53] Dagegen sollen die Parteien, weil sie die Unbefangenheit der Zeugen stören, und durch ungeeignete Fragen einen bestimmenden Einfluß auf ihre Aussagen ausüben könnten, der Vernehmung selbst nicht beiwohnen,[54] sondern nach der Beeidigung abtreten, aus ähnlichen Rücksichten auch die Zeugen einzeln und abgesondert befragt,[55] und die Fragen so eingerichtet werden, daß sie keine Erwartung einer bestimmten Antwort ausdrücken, und doch die der Sachlage entsprechenden Aufstellungen der Parteien erschöpfen. Den Parteien steht es dieserhalb und überhaupt zur Controle des Richters nach den Reichsgesetzen frei, dem Verhör einen Notar zu ad-

---

übrigen Fälle. Nicht minder möchte anzunehmen sein, daß die Excusation hinwegfallen müsse, wenn der Zeuge in einem eben so nahen oder näheren Verwandtschaftsverhältniß zum Probanten wie zum Probaten steht (Note 32b).

51) An gesetzlicher Bestätigung fehlt es; der J. R. A. §. 53 bezieht sich auf einen anderen Fall (Note 35). Daß ein solcher Zeuge nicht ohne Weiteres als unfähig zum Zeugniß zu betrachten ist, ergibt sich aus c. 1 in VI. h. t. (2, 10). S. Note 49. Vgl. Pufendorf: Obs. II. 19, Glück: Commentar XXII. S. 284, Langenbeck a. a. O. S. 511, Erk. des O. A. G. zu Dresden bei Seuffert: Archiv VII. 123, Erk. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen III. 11.

52) Nach dem J. R. A. §. 34, 37, 41, 49 kann dabei die im Uebrigen abgeschaffte Artikelsform mit „Ja und wahr, daß" angewandt werden. Vgl. schon c. 2 in Clem. de V. S. (5, 11), c. 2 in Clem. h. t. (2, 8), Dur. I. 4 de test. §. 5 und Jo. Andr. ad h. l. S. auch §. 70 Note 22, 34.

53) Vgl. c. 37 X. h. t. (2, 20) mit c. 2 in VI. eod. (2, 10), von welchen Stellen die erstere beweist, daß jene Fragen beim richterlichen Verhör schon ex officio zu stellen sind. Diese schriftlichen Interrogatorien sind übrigens in dem heimlichen Zeugenverhör an die Stelle der mündlichen Fragen im öffentlichen getreten; zu Innocenz III. Zeit scheinen sie noch nicht üblich gewesen zu sein, sie kommen aber bereits bei Gregor IX. vor.

54) Ueber den röm. Proceß vgl. l. 18 C. de fide instr. (4, 21), nov. 90 c. 9 und die Urkunde von 557 n. Chr. bei Marini: Papiri diplomatici nr. 140 p. 206, Spangenberg: Jur. rom. tabulae nr. 66, so wie Spangenberg im Arch. für civil. Pr. VI. 12. Die Entfernung der Parteien vor dem Verhör ist zwar im C. R. nicht ausdrücklich vorgeschrieben, sie folgt aber aus den Bestimmungen über die Publication der Zeugenaussagen. Vgl. auch Tancred. l. c. III. 9 §. 2, Dur. I. 4 de teste §. 7 nr. 1.

55) C. 52 X. h. t. (2, 20), c. 2 in VI. eod. (2, 10).

fungiren.[56] Im Uebrigen hängt der Gang der Vernehmung von dem richterlichen Ermessen ab, und passend scheint es nur, daß mit den vom Probaten aufgestellten allgemeinen Fragen (interrogatoria generalia) begonnen werde.[57] Ueber Inhalt und Art der Deposition ist ein genaues Protocoll aufzunehmen,[58] dieses aber den Parteien auf ihren Antrag erst nach Beendigung des ganzen Verhörs zu eröffnen,[59] und deshalb den Zeugen so wie den zugelassenen Notaren Stillschweigen aufzulegen.[60] Ist die Eröffnung erfolgt, so kann wegen Gefahr der Subornation eine weitere Vernehmung von Zeugen über dieselben Puncte oder deren Gegentheil nicht mehr Statt finden,[61] jedoch ein unvollständiges Verhör durch eine nochmalige Vernehmung ergänzt werden.[62] Daß Zeugen, welche sich in Widersprüche verwickeln, oder von früheren Aussagen abweichen, im Umfang des Widerspruchs keinen Beweis erbringen, versteht sich von selbst.[63] Außerdem aber sind sie der Strafe des falsum ausgesetzt,[64] und auch in Betreff des übrigen Inhalts ihrer Aussagen verdächtig, wie denn schon ein befangenes, unsicheres und schwankendes Benehmen, jedoch an sich noch nicht die sofortige Verbesserung gemachter Angaben,[65] die Glaubwürdigkeit mindert.[66] Mit Rücksicht aber auf die Garantien, welche in allen diesen Beziehungen die gerichtliche Vernehmung unter ordnungsmäßiger Mitwirkung der Parteien bietet, kann die außergerichtlich, d. h. die außerhalb des anhängigen Processes Statt gehabte Deposition, auch wenn sie in einem andern, zwischen denselben Parteien geführten Processe geschehen wäre,[67] nicht ohne Weiteres gleichen Werth in An-

---

56) Dep. A. von 1600 §. 129, 130, J. R. A. §. 52, und dazu Oesterley: Das deutsche Notariat II. §. 77.

57) C. 2 in VI. eod. (2, 10).

58) C. 37, 43 X. eod. (2, 20).

59) C. 30 X. eod.

60) Conc. der K. G. O. von 1613 III. 20 §. 18.

61) C. 2 in Clem. h. t. (2, 8) vgl. mit c. 17, 19, 25, 35 X. eod. (2, 20). Ueber das Nachbringen neuer Zeugen auf dem Wege der Restitution und in der Appellationsinstanz s. §. 53 Note 12, §. 56 Note 85.

62) C. 48, 53 X. eod. (2, 20).

63) L. 2 D. h. t. (22, 5), nov. 90 c. 3, c. 17 C. 3 qu. 9, c. 9 X. de prob. (2, 19), c. 3 X. de causa propr. et poss. (2, 12).

64) Pauli R. S. V. 15 §. 5, l. 16 D. h. t. (22, 5), l. 27 D. ad leg. Corn. de fals. (48, 10), nov. 90 c. 3.

65) C. 7 X. de test. cog. (2, 21).

66) Arg. l. 3 §. 1 D. h. t. (22, 5).

67) Arg. l. ult. C. h. t. (4, 20), l. 5 §. 2 C. de rec. arb. (2, 56), c. 30, 38, 44, 50 X. h. t. (2, 20). Vgl. das Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert: Archiv IX. 94.

spruch nehmen, und das R. R. ließ deshalb schriftliche Zeugnisse (testationes), schon ehe es die Beeidigung der Zeugen zur Regel erhob, bloß als Indicien gelten.[68] Nur öffentliche Beamte stellen ihr Zeugniß da, wo es ihrer besonderen Beeidigung nicht bedarf, mit voller Wirkung auch schriftlich aus, sofern sie die Beziehung auf ihre amtliche Stellung durch die Beidrückung des Amtssiegels bekunden.[69]

3. Aber weder die gerichtliche Deposition noch die Beeidigung betrachtet das gemeine Recht allein schon als genügend, um der Aussage eines unverdächtigen Zeugen (omni exceptione major[69a]) die Kraft eines vollen Beweises zu geben.[70] Erst in der Uebereinstimmung zweier solcher Aussagen findet es die vollständige Sicherung gegen Täuschung und Unredlichkeit. Die formelle Beschränkung auf diese Zahl aber gehört nicht schon dem R. R. an;[71] sie ist mit Beziehung auf das mosaische Gesetz erst vom C. R. ausgesprochen worden,[72] und hat selbst die im R. R. für einige Fälle ausdrücklich vorgeschriebene größere Zahl aus der Praxis verdrängt.[73] Nur das Zeugniß der öffentlichen Beamten ist auch in dieser Richtung privilegirt, indem es ohne Concurrenz anderer Beweismittel vollen Beweis erbringt.[74] Wogegen die Beweiskraft eines

---

68) L. 21 D. de his qui not. inf. (3, 2), l. 3 §. 3, 4 D. h. t. (22, 5), l. 4 C. eod. (4, 20). Ueber die letzte Stelle vgl. Janus a Costa: Praelect. ad tit. C. de test. in Meermani Thes. I. p. 735—737.

69) Hiervon im folgenden §.

69a) Dieser Ausdruck findet sich zuerst in l. 14 in f. C. de contr. stip. (8, 38) verb. „vel saltem per testes undique idoneos et omni exceptione majores".

70) L. 9 §. 1 C. h. t. [identisch mit l. 3 §. 1 C. Th. de fide test. et instr. (11, 39)], c. 8 C. 33 qu. 2, c. 10, 23, 28, 47 X. h. t. Die l. 20 D. de quaest. (48, 18) spricht ein Gleiches für den Criminalproceß aus.

71) L. 12 D. h. t. enthält nichts weiter als eine Interpretation solcher Gesetze, welche Zeugen ohne Angabe der Zahl fordern.

72) Außer den in Note 70 citirten Stellen vgl. c. 4, 5 X. h. t. (mit Bezug auf 5. Mos. 17. 6, Matth. 18. 16, Joh. 8. 17). S. auch die C. C. C. art. 67.

73) S. l. 18 C. h. t., nov. 90 c. 2 und l. 17 C. si cert. pet. (4, 2), nov. 73 c. 8 und dazu J. H. Boehmer II. 19 §. 34 und 20 §. 21, Hassenpflug in der Allg. jurist. Zeitung von 1829 Nr. 17 (Kleine Schriften, Leipz. 1845 Nr. 3) nebst den von diesen Citirten.

74) Hierfür kann weder das R. noch das C. R. angeführt werden. Allgemein wird durch l. 9 §. 1 C. h. t. (4, 20) [„— unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat"] und c. 28 X. eod. (2, 20) [„— ne unius judicis quantaecunque fuerit auctoritatis verbo credatur in causis sive super testamentis sive super quibuslibet aliis contractibus quaestio agitetur"] den Aussagen von Personen, welche ein öffentliches Amt bekleiden, die höhere Glaubwürdigkeit abgesprochen, und

Privatzeugen als halber Beweis,[75] und in gleichem Verhältniß die eines verdächtigen Zeugen nach dem Grade der Verdachtsgründe geringer angeschlagen wird, mag eine einzige Thatsache in Frage stehen, oder je ein Zeuge (testes singulares) für eine von mehreren Thatsachen auftreten.[76] Jedoch wird sich, wenn ein Mehrheit generisch bestimmter Thatsachen, z. B. die Ausübung einer discontinuirlichen Servitut, den Gegenstand des Beweises bildet, in Folge der materiellen Uebereinstimmung der Zeugenaussagen die Wahrscheinlichkeit steigern, wenn auch nicht in dem Maaße, daß, wie viele ältere Juristen annahmen, schon zwei solcher Aussagen zu vollem Beweise genügen.[77]

---

die sonst etwa in Betracht kommenden Stellen — l. 1 §. 12 D. de off. praef. Urbi (1, 12), l. 5 §. 13 D. de reb. eorum, qui sub tut. (27, 9), l. 5 C. de exact. trib. (10, 19) — reden von dem Glauben, welchen die Unterbeamten in Administrativsachen bei ihren Vorgesetzten genießen, während das oben (in Note 19) schon erwähnte c. 7 X. de prob. (2, 19) [„— per litteras judicis ordinarii, quibus standum est, donec probetur contrarium"] und das c. 28 cit. in f. X. h. t. [„— salva in omnibus sedis apostolicae auctoritate"] auf die Ausfertigungen richterlicher oder amtlicher Verfügungen zu beziehen sind. Erst durch die Praxis wurde die obige Regel, und zwar zunächst in Anwendung auf die gerichtlichen Unterbeamten festgestellt. Cf. gl. suus nuncius] ad c. 19 X. de appell., Dur. III. 1 de not. crimine §. 7 nr. 14, II. 1 de citatione §. 4 nr. 6 und Jo. Andreae ad h. l., Bart. ad l. 8 D. de V. O. nr. 11, Bald. ad auth. Sed hodie C. de O. et A., Chil. König: Practica c. 31, Gaill: Obs. I. 54 nr. 4, Mynsinger: Obs. V. 51, Carpzov: Defin. I. 16 d. 26, 27, J. H. Boehmer: J. E. P. II. 20 §. 22, 23, Gmelin: Ueber die Beweiskraft eines Zeugen ꝛc., Tübingen 1806 S. 74, Glück: Commentar XXII. S. 222.

75) So auch die C. C. C. art. 30. Eine Reihe von Fällen, in denen ein Privatzeuge vollen Beweis machen soll, ist zusammengestellt von Dur. I. 4 de teste §. 11 nr. 8 sequ., Farinacius l. c. VI. qu. 63 c. 1—3. Allein theils bilden diese Fälle keine Ausnahmen, theils entbehren sie der gesetzlichen Begründung. Vgl. Gmelin a. a. O. §. 28, 29. Ueber den testis in facto proprio, für welchen noch Gesterding a. a. O. I. S. 177, II. S. 421 und Zu-Rhein: Beitr. zur Gesetzg. I. S. 34 wegen l. 58 §. 2 D. de aedil. ed. und l. 7 D. de prob. eine Ausnahme machen wollen, vgl. Linde a. a. O. III. 9.

76) In diesem Sinne ist von testes singulares in c. 9 X. de prob. (2, 19), c. 23 X. de elect. (1, 6) die Rede.

77) Cf. Innocent. ad c. 25 X. de accus. nr. 1, Dur. I. 4 de teste §. 6 nr. 13 und Jo. Andr. ad h. l. not. f., Cynus ad l. 2 C. quae sit longa cons., Bart. ad l. 10 §. 2 D. de quaest. nr. 25, Alex. Tartagnus: Cons. I. 141 nr. 2, V. 82 nr. 20, Felinus ad c. 47 X. de test., Gaill: Obs. II. 66 nr. 11, 12, Mynsinger: Obs. II. 20, III. 76 nr. 3, Struben: Rechtl. Bedenken V. 71. — Die richtige Ansicht vertheidigen Farinacius l. c. VII. qu. 64 nr. 113, 149, Hahn ad Wesembeck tit. de test. nr. 6, Gesterding a. a. O. I. S. 180 fg.

Urkunden.*

§. 24.

Außergerichtliches Geständniß und Zeugenaussagen lassen sich ebensowenig wie Dispositionen ohne eine Erklärung denken, durch welche Gedanke und Wille versinnlicht und für andere wahrnehmbar werden. Obschon aber die Erklärung an sich immer ein momentaner Vorgang ist, kann das Zeichen, durch welches sie vermittelt wird, eben so wohl momentan und mit dem Moment verschwindend, wie von bleibender Dauer sein. Eine verschwindende Existenz hat das gesprochene Wort, weshalb es nur gleichzeitig wahrgenommen, und nicht anders als durch die selbst wieder vergängliche Erinnerung der Hörer festgehalten werden kann. In ein dauerndes Zeichen dagegen verkörpert sich die Erklärung, wenn sie die Form einer Urkunde annimmt, und darin, daß sie dann auch in Zukunft wahrnehmbar ist, liegt die große Bedeutung, welche diese Form für den Proceß hat. Durch die Möglichkeit der urkundlichen Fixirung ist der richterlichen Wahrnehmung ein weiteres Gebiet eröffnet; Erklärungen, welche der Richter in mündlicher Form nicht würde wahrgenommen haben, sind ihm in der urkundlichen zugänglich, und wo die gleichzeitige Wahrnehmung seine Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatsache hätte begründen können, ist Dasselbe nun auch der nachfolgenden Wahrnehmung möglich.[1]

---

* Tit. Dig. 22, 4. Cod. 4, 21. X. 2, 22 de fide instrumentorum. Cod. Th. 11, 39 de fide test. et instr. — Joach. Mynsinger: Comm. in tit. de fide instr. lib. II. Decr., Helmst. 1582 fol., Marp. 1602. Nic. Honthemius: De syntaxi et fide instrumentorum lib. III, Mogunt. 1607 4. Gönner: Handbuch II. 46, 47. Gesterding: Nachforschungen I. 8, II. S. 443—458. Spangenberg: Die Lehre von dem Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden, Heidelb. 1827. Wachenhusen im Arch. für civ. Pr. XIII. 7, 12. Günther: De documenti notione recte constituenda, Lips. 1832. Pratobevera: Materialien IV. S. 10 fg. Gerau in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XX. 3. Langenbeck: Die Beweisführung Cap. 18 S. 613—727. Strippelmann: Der Beweis durch Schrifturkunden, 2 Abth. Cassel 1860—1861.

1) L. 38 D. de O. et A. (44, 7) [„— placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur“], Schw. Ldr. (ed. Gengler) 34 §. 2 [„Wir sprechen, daz Briefe bezzer sint, danne Geziuge. Wan Geziuge die sterbent, so belibent die Briefe immer stete — diz heizent Hantfeste —, und hilfet ein toter Geziuge als wol dir als ein lebendiger“], Urk. von 1253 bei Kopp: Nachrichten I. Anh. Nr. 57 [„Ne ea, quae fiunt in tempore, cum tempore pariter elabantur, expedit, ut ea, quae agantur, in scripta publica redigantur“].

Unter Urkunden im Allgemeinen und ohne Rücksicht auf ihre Beweiskraft verstehen wir jedes einen Gedanken körperlich darstellende Zeichen, vor Allem die Schriftzeichen mit ihrer Unterlage von Erz, Stein, Holz, Wachs, Pergament oder Papier.[2] Dieser Begriff umfaßt also auch die monumenta, deren Namen darauf hindeutet, daß sie als offenkundige Zeugnisse Personen, Thaten und Vorgänge in allgemeiner Erinnerung erhalten sollen, weshalb zu ihnen nicht bloß Denk- und Grabmale,[3] öffentliche Inschriften[3a] und Grenzzeichen,[3b] sondern auch Leichengedichte (Memorien)[3c] und die Aufzeichnungen, Beschreibungen und Karten der öffentlichen Behörden[3d] gehören. Alle urkundlichen Zeichen nun können unter Umständen als Beweismittel benutzt, und sofern dies der Fall ist, instrumenta genannt werden.[4] Vorzugsweise aber und unmittelbar eignet sich zum Beweise nur der schriftliche Gedankenausdruck (scripturae, tabulae, documenta), und an ihn wird daher allein gedacht, wenn man von Urkunden und instrumenta im juristischen Sinne redet.[4a] In der deutschen Rechtssprache werden Schriften, die für den Beweis bestimmt sind, Handvesten, Briefe genannt.

Ob nun eine Urkunde beweistüchtig sei, hängt zunächst

I. von ihrem Inhalt ab. Es gilt in dieser Beziehung die

---

2) L. 1 pr., l. 4 D. de B. P. c. t. (37, 11), §. 12 I. de testam. (2, 10). Vgl. Spangenberg a. a. O. S. 63—74.

3) Varro de L. L. VI. §. 45: „Sic monimenta, quae in sepulcris; et ideo secundum viam, quo praetereuntis admoneant, et se fuisse et illos esse mortales. Ab eo cetera quae scripta et facta memoriae causa, monimenta dicta". Ferner vgl. Cic. epist. II. ad Caesarem ap. Nonium Marc. (ed. Mercer) p. 32, Festus de V. S. s. v. Monimentum, l. 2 §. 6, l. 42 D. de relig. (11, 7).

3a) S. die vorige Note und l. 6 C. de relig. (3, 4) [„Monumentorum inscriptiones"].

3b) Davon sind jedoch nicht zu verstehen die nach l. 11 D. fin. reg. (10, 1), l. 2 C. eod. (3, 39) bei Grenzregulirungen zu benutzenden „vetera monumenta", „veteris determinationis monumenta" — vgl. auch l. 10 D. de prob. (22, 3) —, vielmehr scheinen damit erzerne Tafeln bezeichnet zu sein, welche über Ackergrenzen und Länderverteilungen von den Agrimensoren pflegten errichtet zu werden. Cf. l. 8 pr. D. ad leg. Jul. pecul. (48, 13) und die Nachweisungen bei Glück: Commentar XXI. S. 294 fg.

3c) Vgl. Varro l. c., Festus l. c. (Note 3).

3d) L. 2 C. Th. de indulg. debit. (11, 28), l. 6 C. de re jud. (7, 52), l. 3 C. de donat. (8, 54). Dahin würden auch die den heutigen Flurkarten entsprechenden monumenta der Note 3b zu zählen sein.

4) In dem weiteren Sinne, von welchem in §. 21 Note 4 und in c. 4 X. de test. cog. (2, 21) die Rede ist.

4a) Vgl. über die hier genannten Ausdrücke Gneist: Die formellen Verträge S. 338—341.

Regel: „Viva vox, quod non operatur, nec etiam vox mortua;“[5] wo der Richter eine Thatsache für wahr zu halten hätte, falls sie ihm mündlich bekundet worden wäre, da ist auch die schriftliche Bekundung für ihn beweisend. Demnach sind Urkunden dann, aber auch nur dann als beweisend anzusehen, wenn sie entweder eine rechtliche Disposition, oder ein außergerichtliches Bekenntniß oder ein Zeugniß enthalten.

1. Für rechtliche Dispositionen können Urkunden die zufällig gewählte oder die gesetzlich vorgeschriebene Form sein (dispositive Urkunden). Diese häufig nicht besonders hervorgehobene Gattung von Urkunden begreift schriftlich abgefaßte Testamente, Codicille, Familienstatute, Erlasse und Verfügungen öffentlicher Behörden, ferner brieflich abgeschlossene oder zufolge vorgängiger Verabredung schriftlich vollzogene Verträge,[6] Wechsel, also theils einseitige (autonomische) Dispositionen, theils zweiseitige Geschäfte. Ja man wird gar nicht bloß an eigentliche Dispositionen denken dürfen, sondern überhaupt an Willenserklärungen von juristischem Belang, also auch an die Acceptation eines Angebots, an Benachrichtigungen, Protestationen, Diffamationen, und selbst an Aeußerungen, die den Character einer Rechtswidrigkeit haben, z. B. Täuschungen, Injurien u. s. w. In allen diesen Fällen ist dem Richter Gelegenheit gegeben, gleichsam durch Augenschein die fragliche Willenserklärung selbst wahrzunehmen, und deshalb ist der Gegenbeweis ausgeschlossen, während gegen die in Frage stehende Disposition als solche jede mögliche Vertheidigung, und namentlich die Einrede der Simulation offen bleibt.[7] Auch muß wie die Disposition, so deren schriftlicher Ausdruck Jedermann und nicht bloß dem Aussteller entgegengehalten werden können, obschon nur eben so weit, als er der Ausdruck des Willens ist, da der sonstige Inhalt solcher Urkunden, wie namentlich die Angabe der Ausstellungszeit, als eine außerhalb der Disposition liegende Thatsache den Character eines Geständnisses hat, und deshalb

5) Baldus ad l. 3 C. de reb. cred. nr. 22.

6) Beispiele finden sich in l. 2 pr., l. 47 §. 1 D. de pact. (2, 14), l. 34 §. 1 D. de pign. act. (13, 7), l. 24, 26 D. de const. pec. (14, 5), l. 1 §. 1, l. 59, l. 60 §. 4, l. 62 pr. §. 1 D. mand. (17, 1), l. 1 §. 2 D. de contr. emt. (18, 1), l. 9 §. 6 D. de auct. et cons. (26, 8), l. 2 §. 2, l. 61 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), l. 11 C. qui pot. (8, 18), l. 17 C. h. t. (4, 21), pr. I. de emt. (3, 23).

7) L. 1—4 C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur (4, 22).

Dritten gegenüber, wenn Etwas darauf ankommt, in anderer Art dargethan werden muß.[8] Wobei sich übrigens von selbst versteht, daß die (als ächt anerkannte) Urkunde eines Verstorbenen nicht später als im letzten Moment seines Lebens ausgestellt sein kann.

2. Von Urkunden, welche ein Geständniß nachtheiliger Thatsachen enthalten, also die Form eines Beweismittels, keiner Disposition sind (s. g. Privaturkunden), ist schon in §. 22 die Rede gewesen. Sie kommen in den verschiedensten Beziehungen und Bezeichnungen vor,[8a] als Darlehns- und Depositenscheine, als Anerkenntnisse von Rechnungen, als Bescheinigung über den Empfang von Dotalobjecten, als Inventare, als Vormundschafts- und Verwaltungsrechnungen, insofern darin Einnahmen verzeichnet sind, seltener als Verträge, welche durch bloßen Consens abgeschlossen werden. Sie beweisen aber nur gegen den Aussteller,[8b] und unter der Voraussetzung, daß sich der animus confitendi in der Ueberlieferung der Urkunde an den, zu dessen Gunsten sie bestimmt ist, deutlich manifestirt hat,[9] sollte auch die Ausstellung und Uebergabe nicht freiwillig, sondern als auf obligatorischer Verpflichtung beruhend, wie dies rücksichtlich der Inventarien und Rechnungen derer der Fall ist, welche fremde Geschäfte führen (rationes reddere), in Folge richterlichen Urtheils geschehen sein.[10] Eine besondere Bewandtniß hat es indessen mit den rationes der römischen argentarii und den Handelsbüchern unserer Kaufleute.[10a]

8) Vgl. Gerau a. a. O. XX. S. 94 fg. und die S. 95 N. 1 von ihm Citirten. Hiernach ist es gleichgültig, ob man unter den Privatscripturen, von welchen l. 11 C. qui pot. (8, 18) redet, Bekenntnisse oder Pfandbestellungen versteht. Vgl. §. 22 Note 20.

8a) Die Römer bezeichnen mit den Ausdrücken chirographum, epistola (inter absentes und inter praesentes), auch wohl litterae, und cautio sowohl Schuldscheine als Quittungen, ohne übrigens zwischen Bekenntnissen und dispositiven Urkunden zu unterscheiden. Cautiones aber sind am häufigsten Stipulationsurkunden. Vgl. die gründliche Zusammenstellung bei Gneist a. a. O. S. 233—243, S. 329—338.

8b) S. §. 22 zu Note 20.

9) S. §. 22 zu Note 13—15.

10) Cf. l. 9 pr. D. de edendo (2, 13), l. 46 §. 4 D. de proc. (3, 3), l. 1 §. 3 D. de act. tut. (27, 3), l. 9, 13 C. arb. tut. (5, 51), §. 1 I. de oblig. quae quasi ex contr. (3, 27). Vgl. auch l. 82, 111 D. de cond. et dem. (35, 1), l. 6 §. ult. D. de statulib. (40, 7), l. 9 D. de lib. leg. (34, 3), l. 89 §. 2 D. de V. S. (50, 16).

10a) Davon handeln: Jo. Marquard: De jure mercatorum et commerciorum libri IV, Francof. 1662 fol. (III. 9, 10), Roesner: De mercatorum libris, Lips. 1690, Joa. Klein: Diss. de probatione, quae fit per libros mercatorum, Rost. 1698, Langermann: Diss. de probatione per libros mercatoris mortui, Groen. 1727, Brehm (praes. H. G. Bauer): Diss. capita quaedam de probatione ex libro mercatoris continens, Lips.

Die Argentarier[11] machten ähnlich den heutigen Banquiers Geldgeschäfte, nahmen Geld auf und liehen Geld aus, vermittelten auch fremde Geschäfte,[12] und führten unter öffentlicher Aufsicht[13] über Alles genaue Rechnung.[14] Obschon sie nun als Mandatare nur da betrachtet werden konnten, wo sie die Geschäfte Dritter in deren Auftrage durch ihre Bücher gehen ließen,[15] so wurden sie doch nicht bloß als solche, sondern auch denen gegenüber, welche mit ihnen in Rechnung standen, oder sonst ein Interesse dabei hatten, zur Vorzeigung ihrer Bücher (rationes edere) angehalten,[16] zunächst um dieselben als Geständnisse gegen sich selbst, dann aber auch, um sie als Zeugnisse gegen Andere benutzen zu lassen.[17] Zum Zeugniß schienen sie um deswillen geeignet, weil nicht nur die Aufsicht des Staats, sondern ebenso sehr die Geschlossenheit einer solchen Rechnungsführung die Richtigkeit und Genauigkeit des einzelnen Eintrags verbürgte. Daß sie aber aus gleichem Grund auch für den Argentarius einigen Beweis erbrachten, ist, obwohl nach den Quellen zweifelhaft, doch in hohem Grade

1784, Meister: Diss. de fide librorum mercatorum, Goett. 1789, E. F. Klein: Von der eidlichen Bestärkung der Handelsbücher (Vermischte Abhandl. über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit St. 2 Nr. 1), Ebeling: Ueber die Beweiskraft der Handelsbücher, Hamb. 1815, Lindner: Ueber die Beweiskraft der Handelsbücher, in Sonderheit über den Beweis der Hauptbücher eines Lotteriehauptcollecteurs, Helmst. 1818, Bender: Grundsätze des deutschen Handlungsrechts, Darmst. 1824 (II. §. 191—209), Sickel: Diss. de origine et fatis fidei, quae mercatorum libris haberi solet, Lips. 1829], Marcus: Diss. de privilegio libris mercatorum concesso, Rost. 1832, Wildner: Der Beweis durch in- und ausländische Handels-Fabrikbücher, Wien 1838, Voort: De fide, quae mercatorum codicibus tribui solet, Traj. 1839, Langenbeck a. a. O. S. 671—683, Strippelmann a. a. O. I. §. 17—22.

11) Ueber diese vgl. Kraut: De argentariis et nummulariis, Gött. 1826.

12) Cf. Kraut l. c. c. 3. Im Ganzen waren dies auch die Geschäfte der Wechsler (nummularii oder mensularii) — l. 9 §. 2 D. de edendo (2, 13) —.

13) Sie standen unter der Aufsicht und Disciplin des Praefectus Urbi — l. 1 §. 9, l. 2 D. de off. praef. Urbi (1, 12) —, und wohl mit Rücksicht hierauf wird von ihnen gesagt: „— officium eorum atque ministerium publicam habet causam". Cf. l. 10 §. 1 De de edendo (2, 13), l. 24 §. 2 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5).

14) L. 4 §. 1, l. 6 §. 3, l. 9 §. 2, l. 10 §. 1 D. de edendo (2, 13), l. 47 §. 1 D. de pactis (2, 14). Die Rechnungsbücher werden mensae rationes, codex rationum, instrumentum argentariae genannt — l. 4 §. 5, l. 6 §. 9, l. 9 §. 2, l. 10 §. 2 D. de edendo, l. 47 §. 1 D. cit. —.

15) L. 6 §. 5 D. de edendo (2, 13) vgl. mit l. 4 pr., l. 6 §. 2, 9, l. 9 §. 4 D. eod. und dazu Kraut p. 75.

16) L. 4 pr. §. 1, l. 6 §. 8, l. 9 §. 2—4 D. eod. (2, 13).

17) L. 10 pr. §. 3 D. eod., l. 27 §. 1 D. de furtis (47, 2). Vgl. auch l. 9 §. 2 D. de edendo, Gell. N. A. XIV. 2, Cic. pro Caecina c. 6 und dazu Kraut p. 66.

wahrscheinlich, schon darum, weil Geschäftsbetriebe, welche wesentlich auf Activ- und Passivcredit gegründet waren, überhaupt nur unter dieser Bedingung bestehen konnten.[18]

Auf willkührliche Begünstigung der Argentarier waren somit die Bestimmungen des R. R. in keiner Weise gerichtet, wenngleich ihnen die vorgeschriebene Staatsaufsicht eine Seite gab, welche ihre Anwendung unter anderen politischen Verhältnissen immerhin zweifelhaft machen mußte. Die italienischen Juristen aber wagten es um so weniger, den Büchern der Argentarier die der Kaufleute und Wechsler ihrer Zeit schlechthin zu substituiren, als sie jenen irrthümlich die Glaubwürdigkeit öffentlicher Urkunden beimaßen.[19] Dagegen entwickelten sie den Bedürfnissen des Handels entsprechend im Anschluß an die Bestimmungen des R. R. doch im Wesentlichen die gleichen rechtlichen Grundsätze, und wurden hierin von dem kaufmännischen Brauche unterstützt, welcher die Handelsbücher mitunter sogar mit voller Beweiskraft auch für den Geschäftsherrn bekleidete.[20] Nur glaubte die gemeine später auch in Deutschland zur Geltung gelangte Meinung dem Geschäftsherrn mehr als halben, durch den Erfüllungseid zu vervollständigenden Beweis nicht einräumen zu dürfen, und forderte selbst für diesen das Hinzutreten anderer wenn auch noch so allgemeiner Unterstützungsgründe. So namentlich außer dem guten Rufe des Geschäftsherrn dessen bereits erfolgtes Ableben, oder das Vorhandensein eines

18) Die für die obige Ansicht sprechenden Stellen sind l. 5 C. de prob. (2, 19) [„Instrumenta domestica seu privata testatio seu annotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola non sufficiunt"], l. 6 C. eod. [„Rationes defuncti, quae in bonis ejus inveniuntur, ad probationem sibi debitae quantitatis solas sufficere non posse, saepe rescriptum est"]. Nicht entgegen l. 7 C eod., l. 5 C. de conv. fisci deb. (10, 2), welche Stellen nicht von ordentlichen Hausbüchern (codices accepti et expensi), über deren Zusammenhang mit den rationes mensae Kraut c. 9 zu vergleichen ist, sondern von vereinzelten Bemerkungen reden, und ohnehin sehr wohl dahin verstanden werden können, daß die „annotatio propria" keinen vollen Beweis erbringen solle. Mit der Annahme eines unvollständigen Beweises aber würden auch die Bestimmungen Justinian's in nov. 136 c. 5, 6 nicht in Widerspruch stehen.

19) Gl. Deducitur] ad l. 9 §. 2 D. de edendo, Dur. II. 2 de edit. instr. §. 7 nr. 4, Bartolus ad l. 9 §. 2 D. de edendo, ad l. 26 D. de donat. nr. 7, 8. — Die „fides publica" der l. 24 §. 2 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5), welche selbst Kraut p. 57 auf die Glaubwürdigkeit ihrer Documente bezieht, bezeichnet das öffentliche Vertrauen, also den Credit, den die Argentarier mit Rücksicht auf die Aufsicht des Staats genießen.

20) Dies erwähnen die ital. Juristen sehr häufig mit Berufung auf statuta et consuetudo, was darauf zu beruhen scheint, daß in den Handelsgerichten halber Beweis für genügend gehalten wurde. S. die Nachweisungen bei Gaill: Obs. II. 20 nr. 5—7.

zwischen ihm und dem angeblichen Schuldner bestehenden Geschäftsverkehrs, die innere Berechtigung des fraglichen Postens (z. B. bei Auslagen), die Berufung des Schuldners auf die ihm günstigen Einträge des Buches, oder endlich auch die verhältnißmäßige Unbedeutendheit der Schuld.[21] Manche deutsche Juristen haben zwar auf den einen oder anderen dieser Puncte wieder ausschließlich Gewicht legen wollen,[22] wie es bereits die älteren Italiener gethan hatten. Allein eine übereinstimmende Meinung hat sich darüber nicht gebildet, und es muß deshalb wie zur Zeit der Reception des R. R. jedes der bezeichneten Momente als genügend betrachtet werden. Dagegen macht man einstimmig jenen halben Beweis davon abhängig, daß Forderungen und Schulden (data et accepta)[23] in einer gemeinverständlichen Sprache und Schrift (nicht hebräisch),[24] vollständig und genau, mit Angabe des anderen

21) Cf. Durant. II. 2 de edit. instr. §. 7 nr. 5 [„Videtur, quod si nummularius seu campsor nostri temporis, cujus scriptura non est publica sed privata, ut dixi, dicit in scriptura sua, die tali mutuavi centum tali, praesumitur pro scriptura sua cum adminiculo unius testis vel sacramenti, habita distinctione, cui debeat deferri: quamvis id durum videatur"), II. 2 de prob. §. 3 nr. 28, Guil. de Cuneo ad l. 3 C. de edendo, Bart. ad l. 31 D. de jurejur. nr. 27, Bald. ad l. 1 C. de edendo nr. 11, ad l. un. C. de conf. nr. 7, Jo. Andr. in Add. Si oeconomus] ad Spec. II. 2 de edit. instrum. §. 7, Lud. Rom. Cons. 205 nr. 3 und 346 nr. 4, 5, Alex. Tart. Cons. V. 62 nr. 1, 72 nr. 11, Ant. de Butrio ad c. ult. X. de jurejur., Lanfr. de Oriano in Comm. ad l. admonendi D. de jurejur. nr. 42, Felinus Sandeus in c. 2 X. de fide instr. nr. 21, Phil. Decius in l. 1 C. de edendo nr. 3, Jason ad l. 31 D. de jurejur. nr. 127 sequ., — Chil. König: Practica c. 99 nr. 2, Gaill: Obs. II. 20 nr. 2, Jac. Ayrer: Proc. Christi c. Belial. I. 9 obs. 8 nr. 6, Hiltrop: Proc. jud. III. 15, Carpzov: Defin. I. 17 d. 34—37, Leyser: Medit. sp. 279, J. H. Boehmer: J. E. P. II. 22 §. 9, Glück: Commentar XXII. S. 73, Bender a. a. O. II. §. 198, Eichhorn: Einleitung in das D. Pr. R. §. 389, Mittermaier: Grundsätze des d. Pr. R. §. 568, 569, Strippelmann a. a. O. (Note *) §. 19, 20. Ueber die Particulargesetze vgl. Ebeling a. a. O. (Note 10a) §. 47, 48. Das deutsche Handels-Gesetzbuch §. 34—39 beruht wesentlich auf der gemeinrechtlichen Theorie, beschränkt sich aber auf den Beweis, welchen die Handelsbücher unter Kaufleuten (vgl. §. 10) erbringen, und überläßt die Entscheidung der Frage, ob und inwiefern sie gegen Nicht-Kaufleute beweisen, den Landesgesetzen, also in subsidium dem gemeinen Recht.

22) In neuerer Zeit scheint sich sogar die Erinnerung daran, daß einer dieser Puncte vorhanden sein müsse, verloren zu haben. Jedoch sagt das deutsche H. G. B. §. 34, der Richter habe nach Erwägung aller Umstände zu entscheiden, ob dem Inhalt der Bücher ein größeres oder geringeres Maaß der Beweiskraft, als halber durch den Eid oder andere Beweismittel zu ergänzender Beweis beizulegen sei.

23) Gaill l. c. II. 20 nr. 3, Carpzov l. c. I. 17 def. 35 nr. 8, Glück a. a. O. XXII. S. 69, Strippelmann a. a. O. I. S. 127, deutsches H. G. B. §. 28 vgl. mit §. 34.

24) Nach Analogie der R. Pol. O. von 1577 tit. 20 §. 3. Vgl. auch das deutsche H. G. B. §. 32.

Contrahenten, der Waare, des Preises, der Modalitäten des Geschäfts, des Datum der Abschließung und Lieferung nicht etwa bloß in die Cladde, Strazze, sondern bei einfacher Buchführung in das Haupt- (Conto-) Buch, bei doppelter in das Journal eingetragen sind,[25] und daß insbesondere der in Frage stehende Posten unmittelbar mit dem kaufmännischen Betriebe zusammenhängt.[26] Durch nachweisbare Irrthümer, durch Radirungen und Aenderungen, durch Lücken, durch den Mangel des Einbandes und der Paginirung wird die Glaubwürdigkeit gemindert und möglicher Weise ganz vernichtet,[27] jedoch nicht auch dadurch, daß der Geschäftsherr die Buchführung einem Buchhalter oder Commis überlassen hat,[27a] vorausgesetzt nur, daß allen sonstigen Anforderungen genügt ist. Unter dieser Voraussetzung aber erbringen die Handelsbücher einen halben Beweis nicht bloß für den Betrag, sondern auch für den Schuldgrund der einzelnen Posten,[28] und zwar sowohl zu Gunsten des Geschäftsherrn,[28a] als unter Dritten, während sie gegen den Geschäftsherrn selbst ohne weitere Voraussetzung vollen Beweis

---

25) Vgl. Ebeling a. a. O. §. 19 fg., Glück a. a. O. XXII. S. 70 fg., Bender a. a. O. (Note 10a) II. §. 193.

26) L. 6 §. 3 D. de edendo (2, 13), — und dazu Jo. Andr. l. c. (Note 21), Lud. Rom. Cons. 204 nr. 3, Chil. König a. a. O. c. 99 nr. 2, Gaill l. c. II. 20 nr. 8, Carpzov l. c. I. 17 d. 37, Estor: Deutsche Rechtsgelehrtheit III. S. 240, Ebeling a. a. O. §. 40, Glück XXII. S. 69, Bender a. a. O. II. §. 202, Strippelmann I. S. 117.

27) Vgl. Ebeling §. 27, Glück XXII. S. 72, Bender II. §. 195, Strippelmann I. S. 127, Deutsches H. G. B. §. 32, 35. Vgl. jedoch das Erk. des O. A. G. zu Darmstadt bei Seuffert: Archiv XI. 194. Auch das verspätete Eintragen der einzelnen Posten in das Hauptbuch kann die Beweiskraft aufheben. Vgl. das Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert VII. 125.

27a) Cf. Carpzov l. c. I. 17 d. 35 nr. 8, 9, Ebeling §. 25, Geiger und Glück: Merkwürdige Rechtsfälle I. 4, Glück: Commentar XXII. S. 72, 73, Bender II. §. 197, Strippelmann I. S. 125 fg., Erk. des O. A. G. zu Dresden bei Seuffert III. 124, Deutsches H. G. B. §. 36.

28) Manche Juristen beschränken den Beweis auf den Betrag, fordern also für die causa debendi anderen Beweis. So Leyser: Medit. sp. 279 m. 2, Struben: Rechtl. Bedenken V. 104, Bülow und Hagemann: Pract. Erörterungen III. 26, Eichhorn: Einleitung §. 389, die Erk. des O. A. G. zu Cassel bei Strippelmann: Neue Sammlung III. 1 S. 401 (s. auch Canngiesser: Decis. supr. trib. Hasso-Cassel. III. 14), S. 414. Dagegen stimmen mit der im Text aufgestellten Ansicht überein Ebeling §. 42, Glück XXII. S. 66, Runde: Grundsätze des gem. deutschen Pr. R. §. 460, Bender II. §. 202 unter 2, Mittermaier: Grundsätze §. 569 Note 18, Ortloff: Grundzüge des deutschen Pr. R. S. 278, Phillips: Grundsätze II. §. 287, Langenbeck a. a. O. S. 677. Auch unterscheidet das deutsche H. G. B. zwischen Betrag und Schuldgrund nicht.

28a) Wenn beide Parteien sich auf ihre Handelsbücher berufen, und diese einander widerstreiten, so hat der Richter zu beurtheilen, „ob von diesem Beweismittel ganz abzusehen, oder ob den Büchern des einen Theils eine überwiegende Glaubwürdigkeit beizumessen sei.“ Vgl. deutsches H. G. B. §. 34.

machen,[28b] und ganz nach Analogie der römischen rationes mensae an jeden Interessenten edirt werden müssen.

Den Vorzug der Handelsbücher genießen außer den Büchern der Kaufleute (einschließlich der Krämer) und der Handelsgesellschaften auch die der Banquiers, der Fabrikanten, so wie der Apotheker,[29] und nach einer verbreiteten Meinung selbst die der Handwerker.[29a] Und unbedenklich möchten nach gleichen Grundsätzen die Geschäftsregister der öffentlichen Rechnungsführer zu beurtheilen sein, einestheils wenn diese Beamten einem eigentlich kaufmännischen Betriebe (z. B. einer Saline, einem Hüttenwerke) vorstehen, nicht minder aber in Betreff der in ihre Amtsthätigkeit fallenden Thatsachen, wenn sie Abgaben und Steuern zu erheben haben; ja man wird nicht fehlen, wenn man wegen des von ihnen geleisteten Eides und bei dem Mangel eigenen unmittelbaren Interesses ihren Büchern in beiden Beziehungen die Kraft eines vollen Beweises nicht bloß gegen, sondern auch für den Fiscus beilegt.[29b]

28b) Hierüber herrscht bei den ital. und deutschen Juristen keine Meinungsverschiedenheit, die letzteren heben jedoch die Frage, welchen Beweis die Handelsbücher unter Dritten machen, wohl deshalb nicht ausdrücklich hervor, weil das Interesse derselben im kaufmännischen Verkehr geringer ist, als es in den Bankgeschäften der Argentarier war.

29) Vgl. Ebeling §. 32, Glück XXII. S. 80, Bender II. §. 199 (ausgenommen Fabrikanten §. 201), Runde a. a. O. §. 460 (der jedoch die Banquiers ausnimmt), Mittermaier a. a. O. §. 568 unter III., Strippelmann I. S. 112, 113.

29a) Daß die Bücher der Handwerker hierher gehören, ist am bestrittensten. Dagegen sprechen sich z. B. aus Ebeling §. 32, Bender II. §. 201, Mittermaier §. 568 Note 19, Langenbeck S. 680, dafür schon Chil. König: Practica c. 99 nr. 2, Petrus Termineus: Processus juris scripti c. 43, ferner Leyser: Medit. sp. 279 m. 3, 4, Struben: Rechtl. Bedenken V. 104, Glück: XXII. S. 80, Runde a. a. O. §. 460, Strippelmann I. S. 113. Nachweisungen über die Particularrechte gibt Mittermaier a. a. O. §. 568 Note 19. Nicht maaßgebend ist das deutsche H.G.B. §. 10 mit Rücksicht auf §. 34.

29b) Vgl. Bart. ad l. 9 §. 2 D. de edendo nr. 3, Baldus ad l. 31 D. de jurejur. nr. 16 („— nisi sit facta ex necessitae officii, quod quis gerit, et adjuvetur adminiculo juramenti"), Alex. Tart. in apost. ad Bart. ad l. 1 C. de exact. trib. Andere beschränken dies jedoch auf den Fall, wo zwei Beamte angestellt sind, von denen der eine die Geldeinnahme, der andere die Rechnungsführung besorgt. Cf. Jason ad l. 9 §. 2 D. cit. und die daselbst Angeführten. Wieder Andere, wie z. B. Carpzov: Defin. I. 16 d. 25 und die von ihm Citirten haben Bedenken rücksichtlich des Beweises der nicht erfolgten Zahlung, auf den es doch nur im unbedingten Mandatsproceß ankommen könnte, während sie in anderen Fällen, z. B. zur Nachweisung der l. t. possessio, den Beweis durch Steuer- und Zinsbücher zulassen. Ueber das practische Recht vgl. nun auch Strippelmann I. S. 86 fg., S. 320 fg. Die l. 10 D. de prob. (22, 3) [„census"] gehört nicht hierher (vgl. Glück: Comm. XXI. S. 289 fg.) und der liber censualis des c. 13 X. de praescr. (2, 26) scheint unseren Saalbüchern ähnlich gewesen zu sein. Für den Beweis gegen den Fiscus ist l. 6 C. de edendo (2, 1) entscheidend.

3. Ein glaubwürdiges Zeugniß endlich können Urkunden nur dann enthalten, wenn sie von öffentlichen Beamten über amtliche Wahrnehmungen officiell, d. h. mit Beziehung auf den Amtseid ausgestellt worden sind (öffentliche Urkunden),[30] weil ein solches Zeugniß weder die gerichtliche Beeidigung noch die gerichtliche Vernehmung des als Zeuge fungirenden Beamten erfordert. Welche Wahrnehmungen amtlich, d. h. auf Grund einer amtlichen Pflicht gemacht werden, läßt sich genauer nur nach der gesetzlich geordneten Competenz der Behörden bestimmen, die dem öffentlichen Rechte angehört. Nur so viel steht im Allgemeinen fest, daß auch eigene amtliche Handlungen den Gegenstand der Wahrnehmung und urkundlichen Deposition bilden können, sofern dabei kein eigenes vermögensrechtliches Interesse in Frage kommt.[30a] Das Verhältniß der Bekundung zu der gemachten Wahrnehmung aber kann ein verschiedenes sein. Bald wird der wahrgenommene Vorgang gleichzeitig, bald wird er aus der Erinnerung bekundet. Das gewöhnliche Verfahren aber ist das, daß eine im Interesse des Amts über amtlich Gesehenes oder Gehörtes als Registratur oder Protocoll[30b] sofort gemachte Aufzeichnung (acta, gesta) demnächst auf Antrag eines Betheiligten in die Form eines urkundlichen Zeugnisses gebracht wird. Hierbei ist es denn auch möglich und für die Beweiskraft des Zeugnisses unnachtheilig, daß die bekundende Person von der wahrnehmenden verschieden ist, wie namentlich, wenn beide gemeinschaftlich dasselbe Amt verwalten, oder wenn ein Wechsel im Amte Statt gefunden hat. Wogegen sonst das Zeugniß eines Beamten über Thatsachen, welche ihm amtlich von Anderen mitgetheilt worden sind, zwar ohne Weiteres Glauben verdient, soweit es die Thatsache der Mittheilung betrifft, immer aber erst eine besondere Untersuchung darüber nothwendig macht, ob die mitgetheilte Thatsache selbst wieder amtlich, und also von einem Beamten wahrgenommen und bekundet worden ist. Nach diesen Gesichtspuncten ist z. B. die beweisende Kraft der Kirchenbücher zu beurtheilen. Die Kirchenbücher beweisen unmittelbar diejenigen Thatsachen, welche von dem zuständigen Pfarrer aus eigener Wahrnehmung eingetragen worden sind, also die Taufe

---

30) Ueber die römische Bedeutung der instrumenta publica s. weiter unten.

30a) Vgl. Strippelmann a. a. O. I. S. 170.

30b) Ueber die Bedeutung dieser Ausdrücke vgl. §. 36 Note 79.

(und natürlich auch die Geburt an sich), die Trauung, die Beerdigungsfeierlichkeit; mittelbar aber sind sie nicht minder für den Zeitpunct der Geburt und für das Kindesverhältniß, und zwar nicht bloß bei getauften, sondern auch bei ungetauften und nicht kirchlich getauften Kindern, so wie für den Tod und den Zeitpunct des Todes beweisend, sofern die betreffenden Einträge nach gesetzlicher Vorschrift auf die officielle Anzeige beeidigter Hebammen und Todtenbeschauer gegründet werden sollen, und deshalb auch ohne ausdrückliche Erwähnung als darauf beruhend anzusehen sind. Sollte es aber an einer solchen Vorschrift fehlen, oder wären aus irgend einem Grunde die bestellten Personen nicht zugezogen worden, so könnten die vom Pfarrer eingezogenen Privatnachrichten vielleicht hohe Wahrscheinlichkeit, jedoch niemals vollen Beweis begründen.[30c]

Die Zeugnisse von Privatpersonen sind der Vorzüge der schriftlichen Form unfähig; sie können nur in lebendiger Kundschaft bestehen, sind somit vergänglich und unstätt wie das menschliche Leben selbst, und Nachtheilen, welche durch den Tod oder weite Reisen eines Zeugen entstehen würden, muß durch rechtzeitige Benutzung desselben vorgebeugt werden.[30d] Weil jedoch der Beginn eines Processes in der Hand des Verklagten nicht steht, und auch der Kläger durch Bedingung oder dies an der Klagestellung gehindert sein kann, jedenfalls aber durch dieselbe nicht gegen den drohenden plötzlichen Verlust eines Zeugen gesichert ist, so hat es das R. R. allgemein,[31] das C. R. aber nur unter Voraussetzung einer solchen Gefahr[32] für möglich erklärt, ein Privatzeugniß

30c) Ueber das Vorstehende vgl. Uihlein im Arch. für civ. Pr. XV. 26, Roth und Meibom: Kurhessisches Pr. R. I. S. 113 fg.

30d) Ueber das Folgende vgl. im Allg. Gesterding: Ausbeute II. 8, Linde: Abhandlungen II. 6, Wirsing: Der Beweis zum ewigen Gedächtniß, Würzb. 1847.

31) Nov. 90 c. 9. Das ältere Recht gestattete, wenn der Kläger Grund hatte, den Verlust der Zeugen zu fürchten, die Einleitung des Processes vor Eintritt von conditio oder dies, schob dann aber die Execution hinaus. Cf. l. 40 D. ad leg. Aquil. (9, 2) mit l. 3 §. 5 D. de ed. Carb. (37, 10), l. 32 §. 1 D. de furt. (47, 2).

32) Unter den Glossatoren herrschte hierüber Streit; Johannes machte die Vernehmung der Zeugen vor der L. C. von einer solchen Gefahr abhängig, Hugolinus und Martinus nicht — cf. gl. Ad definitivam sententiam] ad c. 1 X. ut lite non cont. —, und Innocenz III. entschied diesen Streit zu Gunsten des Johannes in c. 5 pr. X. ut lite non cont. (2, 6), womit zu vgl. c. 4 X. de conf. utili et inutili (2, 30), c. 41, 43 X. de test. (2, 20). Unberechtigt ist die von Gesterding a. a. O. II. S. 334 fg. aufgestellte Behauptung, daß der

außerhalb des Rechtsstreits, in dem es benutzt werden soll, aber doch mit Beobachtung der bei der gerichtlichen Vernehmung erforderlichen Formen urkundlich zu machen (probatio in perpetuam rei memoriam). Die interessirte Partei stellt zu diesem Zwecke unter Bescheinigung der drohenden Gefahr bei dem in der Hauptsache demnächst competenten Richter[33] einen entsprechenden Antrag, der zugleich die Gegenpartei, den zu vernehmenden Zeugen und die Beweispuncte bezeichnen muß, und findet der Richter diesen Antrag begründet, so theilt er ihn dem Gegner zur Erklärung und namentlich zur Ausführung etwaiger Unfähigkeitsgründe und Einreichung von Fragestücken mit, und verfährt dann weiter wie im ordentlichen Laufe des Verfahrens; das aufgenommene Protocoll aber legt er verschlossen im Archiv des Gerichts nieder.[34] Ist nun das Verfahren vom Kläger veranlaßt, so muß er bei Verlust dieses Beweismittels binnen Jahresfrist wenn anders möglich Klage erheben,[35] während beim Verklagten von einer solchen Frist nicht die Rede sein kann. In dem demnächst eröffneten Proceß aber darf jede Partei die Publication des Zeugenrotuls zum Zweck des Beweises beantragen,[36] der Probat auch die eröffnete Aussage verdächtigen. Dieselben Grundsätze finden natürlich Statt, wenn das Hauptverfahren bereits eingeleitet, und nur noch nicht bis zur Beweisinstanz gediehen ist.[37] Dagegen brauchen sie nicht in voller Strenge eingehalten zu werden, wo sich wegen besonders dringlicher Umstände eine Beschleunigung des Verfahrens empfiehlt. Es wird dann nicht bloß von der Ladung des Probaten abgesehen,[38] dessen Abwesenheit oder Contumacia schon unter gewöhnlichen

---

Verklagte seinen Antrag durch Bescheinigung einer Gefahr nicht zu begründen brauche. S. dagegen Linde a. a. O. II. S. 12 fg.

33) Cf. Gaill: Obs. I. 93 nr. 1, Mevius: Decis. VIII. 281 nr. 3, J. H. Boehmer: J. E. P. II. 6 §. 11, 12, Danz: Grundsätze §. 466, Gesterding a. a. O. II. S. 346. Uebrigens beweist der Dep. A. von 1600 §. 28, daß die Hauptsache möglicher Weise bei einem anderen Gericht anhängig wird, als bei demjenigen, von welchem die Zeugen vernommen worden sind. Es ist dies ohne Widerspruch mit obiger Regel denkbar, wenn für die Hauptsache mehrere Gerichte zuständig sind.

34) Vgl. Dep. A. von 1600 §. 28 und über das beschriebene Verfahren überhaupt Conc. der K. G. O. von 1613 III. 20 §. 14—21, sowie über die damit übereinstimmende ital. Doctrin Gaill: Obs. I. 94, über die deutsche J. H. Boehmer: J. E. P. II. 6 §. 13—15.

35) C. 5 pr. X. ut lite non cont. (2, 6).

36) Vgl. Linde a. a. O. (Note 30 d) II. S. 40 und die daselbst Angeführten.

37) Dep. A. von 1600 §. 125, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 20 §. 14.

38) Conc. der K. G. O. von 1613 III. 20 §. 16.

Umständen diese anticipirte Beweisaufnahme nicht hindert,[39] sondern auch die unmittelbare Anrufung des dem Zeugen vorgesetzten, wenngleich in der Hauptsache nicht competenten Richters gestattet.[40]

Die solchergestalt urkundlich gemachten Zeugenaussagen haben jedoch ihre volle Beweiskraft nur unter den Parteien, und stehen sonach den oben als öffentlich bezeichneten Urkunden immer noch nach. Da diese aber auch vor dispositiven und Privaturkunden (selbst abgesehen von dem unten zu erörternden Beweise der Aechtheit) sehr wesentliche Vorzüge haben, so ist man zu allen Zeiten bemüht gewesen, auch für solche Thatsachen, welche an sich dem Geschäftskreis eines öffentlichen Beamten nicht angehören, die Aufnahme öffentlicher Urkunden möglich zu machen. Dem R. R. späterer Zeit dienten dazu die Protocolle (acta, gesta) derjenigen Magistrate, welche solche zu führen berechtigt waren, namentlich der städtischen, indem zu den Acten dieser Magistrate gewisse Geschäfte der formellen Gültigkeit wegen erklärt werden mußten,[41] andere um des mit der Aufnahme des Protocolls und dessen amtlicher Ausfertigung verbundenen Beweises willen erklärt werden konnten (allegare ad acta, insinuare actis, prosequi apud acta s. gesta).[42] Publica instrumenta wurden daher von den Römern nicht nur die im Staatsinteresse besorgten Aufzeichnungen obrigkeitlicher Verfügungen und amtlicher Vorgänge, sondern auch jene für Privatpersonen aufgenommenen Zeugnisse genannt.[43]

Mit diesen öffentlichen Zeugnissen aber dürfen die gleichfalls zu den instrumenta publice confecta[44] gezählten, jedoch den

---

39) Cf. c. 41 X. de test. (2, 20) und besonders c. 5 pr. X. ut lite non cont. (2, 6), nach welchem jedoch anzunehmen ist, daß dem wegen Abwesenheit nicht geladenen Gegner jedenfalls binnen Jahresfrist Anzeige von der geschehenen Vernehmung gemacht werden muß.

40) Vgl. die Citate der Note 33.

41) Nämlich große Schenkungen, Testamentserrichtung und Testamentseröffnung. Vgl. Savigny: Gesch. des R. R. im Mittelalter I. S. 107 fg.

42) S. Savigny a. a. O. I. S. 110 fg., Spangenberg a. a. O. I. S. 290 fg.

43) L. 20 C. h. t. (4, 21), l. 10 C. de numerariis (12, 50), l. 21 C. ad leg. Corn. de fals. (9, 22), — l. 23 C. eod. [rationes publicae], — l. 1 C. de div. off. (12, 60) [ratiocinia publica], — l. 3 C. de tabul. scrib. (10, 69), l. 1 C. de praep. agent. (12, 21) [chartae publicae], — l. 13 C. arb. tut. (5, 51) [inventaria publica], — l. 1 C. publ. laet. (12, 64) [commonitoria publica]. Cf. Asverus: Comm. ad l. 20 C. de fide instr., Jen. 1834 p. 13.

44) L. 20 C. h. t. (4, 21), l. 11 C. qui pot. in pign. (8, 18), l. 23 pr. §. 2 C. ad S. C. Vell. (4, 29), und dazu Asverus l. c. p. 18, welcher nach-

öffentlichen Glauben entbehrenden instrumenta forensia, d. h. die Urkunden der Tabellionen, nicht verwechselt werden.[45] Denn die tabelliones waren Personen, welche ohne ein öffentliches Amt zu bekleiden,[46] gewerbsmäßig und für Geld schriftliche Eingaben und Urkunden über Rechtsgeschäfte verfaßten,[47] und weil sie ihren Stand auf offenem Markte hatten, auch forenses genannt wurden.[48] Sie waren zwar einer Art von obrigkeitlicher Disciplin unterworfen,[49] und sollten namentlich ihren Urkunden das Regierungsjahr des Kaisers, die Namen der zeitigen Consuln, und die Indiction,[49a] so wie den Monat und Tag der Aufnahme beifügen, auch wenigstens zwei unverleumdete Zeugen zuziehen.[50] Der Beweis aber, den sie erbrachten, lag nicht so sehr in der aufgenommenen und beglaubigten Urkunde, als in dem mündlichen Zeugniß, welches sie und die zugezogenen Zeugen über den Inhalt und die Aechtheit der Urkunde vor Gericht abzulegen im Stande waren.[51] Eine höhere Bedeutung erhielten sie erst nach dem Untergange des weströmischen Reichs in dem longobardischen Oberitalien. Hier wurden Tabellionen, oder nach ihrem jetzt gewöhnlicheren Namen Notare,[52] nicht bloß von den verwaltenden Behörden

---

weist, daß die instr. publice confecta als das Allgemeinere die publica und forensia umfassen.

45) L. 20 C. h. t. Der gleichbedeutende Ausdruck συμβόλαιον ἀγοραῖον, den die Vulg. unrichtig durch instrumentum publicum oder publice confectum übersetzt, findet sich in nov. 49 c. 2 pr., nov. 52 c. 2, nov. 73 c. 2, 5, 7 pr. §. 1, nov. 136 c. 5, nov. 142 c. 2. Cf. Asverus l. c. p. 5.

46) S. darüber Savigny a. a. O. I. S. 71, 365, Oesterley: Das deutsche Notariat, Hann. 1842 I. S. 21.

47) Vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. §. 144 in.

48) Savigny I. S. 351, Bethmann-Hollweg III. S. 169.

49) L. 9 §. 4—7 D. de poenis (48, 19), l. 14 §. 3 C. de s. s. eccl. (1, 2), l. 2 C. de eunuchis (4, 42), l. 32 C. de donat. (8, 54), nov. 7 c. 7 §. 1, nov. 44 c. 1.

49a) Ueber die Indiction vgl. Spangenberg a. a. O. I. S. 149 fg.

50) Nov. 47 c. 1 pr. §. 1, c. 2, nov. 90 c. 1, 2 und über die Zahl der Zeugen Oesterley a. a. O. I. S. 31. Bei Aufnahme der Urkunden wurde zuerst ein Concept (scheda) — l. 17 C. h. t. (4, 21) nov. 44 pr., c. 1 pr. — dann aus diesem die Reinschrift (mundum) verfertigt, und zuletzt die vorgelesene und genehmigte Urkunde von den Parteien, den Zeugen und dem tabellio unterschrieben, von letzterem auch wohl mit seinem Monogramm (signum) versehen (complere et absolvere). Cf. pr. I. de E. V. (3, 23), l. ult. C. de contr. emt. (4, 38), l. 17 C. h. t. (4, 21), nov. 44 pr., nov. 73 c. 5, 7 §. 1, c. 8, und dazu Bethmann-Hollweg a. a. O. III. S. 171, Oesterley a. a. O. I. S. 33 fg.

51) Die entscheidenden Stellen sind l. 11 C. qui pot. in pign. (8, 18), l. 31 C. de donat. (8, 54), l. 22 §. 2 C. de jure delib. (6, 30), nov. 44 pr., nov. 73 c. 7, woneben zu vgl. ist Oesterley I. S. 46 fg.

52) Diesen Ausdruck gebrauchen schon die Römer, ursprünglich in Anwendung auf Privatschreiber — l. 1 §. 6 D. de extraord. cogn. (50, 13) —, seit

zugezogen,[53] wie es schon im römischen Staate geschehen war, sondern seit der fränkischen Herrschaft auch von den Gerichten, und da vor diesen nach germanischer Rechtsansicht auch Privatgeschäfte vollzogen werden konnten,[54] so mußten die darüber von den Notaren aufgenommenen und zugleich vom Gericht unterschriebenen Urkunden vollkommenen Glauben haben.[55] Die zu den gerichtlichen Functionen zu verwendenden Notare aber sollten nach einer Verordnung Carl's des Großen von den missi bleibend angestellt werden,[56] und hieraus entwickelte sich seit dem 9. Jahrhundert in ihrem Stande die Sitte, vom Kaiser oder Papste als den obersten Machthabern auch für ihre außeramtliche, in den früheren Formen fortgesetzte Thätigkeit eine höhere Auctorität zu erbitten.[57] Diese, so wie die damit verbundene Beeidigung wurde dann später (im 11. sec.) zu einer rechtlichen Voraussetzung jener Thätigkeit,[58] und es war daher nunmehr ganz consequent, daß man alle ordnungsmäßig unter Zuziehung von Zeugen abgefaßten Notariatsinstrumente als öffentliche Urkunden behandelte.[59] So modificirt wurde der italienische Notariat mit der eindringenden Kenntniß und Uebung des R. R. auch in Deutschland, wo bisher der Schreiberdienst zwar nicht als solcher, wohl aber als geregeltes und autorisirtes Gewerbe unbekannt war,[60] zuerst im Zusammenhange mit der geistlichen Jurisdiction, dann allgemein recipirt,[61] und unter ausdrücklicher Verweisung auf gemeines Recht und Gewohnheit durch die Notariats-Ordnung von 1512 bestätigt.[62] Dieses Gesetz aber

---

dem 4ten und 5ten Jahrhundert zur Bezeichnung der Reichscanzlei. Vgl. Savigny I. S. 71. Auch heißen die in den Dienst der Kirche tretenden Schreiber schon in sehr früher Zeit notarii, worüber zu vgl. Schmid: De notariis ecclesiae tum orientalis tum occidentalis, Helmst. 1715 und Oesterley I. S. 79 fg. Unter den Longobarden bedienten sich dieses Namens die gewöhnlichen Tabellionen. S. Oesterley I. S. 76.

53) S. Oesterley I. S. 72, 95.

54) Eichhorn: Deutsche St. und R. Gesch. I. §. 59, Walter: Deutsche R. G. §. 615.

55) Vgl. Oesterley I. S. 110, 361 fg. und über die Form solcher Urkunden S. 328.

56) Capit. min. a. 803 c. 3. Cf. capit. in Theod. villa a. 805 c. 3, const. Papiens. a. 832 c. 13, Hloth. I. cap. Lang. a. 835 c. 4, Hlud. II. const. a. 856 c. 5.

57) Oesterley I. §. 21, 22.

58) Derselbe I. §. 24, 25 und über die Beeidigung S. 185.

59) Cf. c. 2, 10 X. h. t. und die Nachweisungen bei Oesterley I. S. 348.

60) Oesterley I. §. 46.

61) Derselbe I. §. 49, 50.

62) Derselbe I. §. 59 fg.

ist noch heutigen Tages als die Grundlage des Notariats anzusehen. Denn die spätere Reichsgesetzgebung bezieht sich nicht sowohl auf den Notariat im Allgemeinen, als auf das Canzleipersonal des R. K. Gerichts.[63] Und die Praxis hat sich darauf beschränkt, dem Gebrauch der früher üblichen Monogramme (signa) den der Siegel zu substituiren,[64] und für geringere, in den einzelnen Ländern jedoch verschieden bestimmte Sachen (z. B. für Insinuationen, Wechselproteste, Beglaubigungen von Unterschriften) die Zuziehung von Zeugen für unwesentlich zu erklären.[64a] Allerdings ist in Folge der Auflösung des Reichs die vom Kaiser als Reservatrecht in Anspruch genommene und vorzugsweise durch die Hofpfalzgrafen ausgeübte Creirung der Notare[65] in die Hände der Landesherrn übergegangen, die bis dahin in Geltung gewesenen gemeinrechtlichen Grundsätze aber sind von dieser Veränderung unberührt geblieben.

Uebrigens hat sich neben der Thätigkeit der Notare die vom römischen und deutschen Recht theils vorgeschriebene, theils gestattete gerichtliche Aufnahme[66] von Privatgeschäften erhalten, und so weit dabei bloß die Sicherung des Beweises in Frage steht, ist particularrechtlich meist sogar schon den Gerichtsschreibern publica fides beigelegt worden. Die s. g. instrumenta quasi publica dagegen, d. h. Privaturkunden, welche mit der Unterschrift dreier besonders geladener unverleumdeter Zeugen versehen sind, beweisen nur ebenso, wie die Urkunden der Tabellionen.[67] Alte Urkunden

---

63) Vgl. K. G. O. von 1521 tit. 11, 12, 13, R. A. von 1530 §. 90, 91, K. G. Ref. von 1531 §. 43, 44, 45, 48, K. G. O. von 1555 I. 26 §. 1, 35 §. 5, 49 §. 3, Vis. A. von 1560 §. 12, von 1579 §. 21.

64) Oesterley I. §. 68.

64a) Vgl. Martini: Comm. ad ord. proc. VII. 3 nr. 27, Berger: El. disc. for. VII. 2 not. 2, Wernher: Sel. obs. for. II. 9 obs. 11, Estor: Deutsche Rechtsgelehrsamkeit II. §. 3946, 3947, Bender: Grundsätze des deutschen Wechselrechts, Abth. 2 S. 103, Treitschke: Encyclopädie der Wechselrechte II. S. 284, Eichhorn: Einleitung §. 96, Strippelmann: Neue Sammlung IV. 1 S. 160—164, Oesterley a. a. O. I. S. 447, II. S. 462 Note 7, S. 611 (vgl. aber auch S. 605, 624, wo auf die Praxis nicht genug Rücksicht genommen ist), Langenbeck a. a. O. (Note *) S. 626 Note a.

65) Oesterley I. §. 51, 52. Der päpstliche Notariat hat in Deutschland nie festen Fuß gefaßt. Seit dem 14ten Jahrh. kommen zwar päpstliche Notare in Deutschland vor, sie werden aber in demselben Maaß seltener, in welchem sich die kaiserlichen vermehren — Oesterley I. S. 421, 562 —, obschon in Oesterreich noch durch Hofdecret vom 2. Oct. 1781 bestimmt ward, daß man den Notariat in Rom nicht ohne vorläufige landesfürstliche Erlaubniß nachsuchen solle.

66) Oesterley II. §. 19, 31.

67) L. 17 C. si certum pet. (4, 2), l. 20 C. h. t., l. 11 C. qui pot. in

haben überhaupt keinen Vorzug.[68] Und die aus einem öffentlichen Archiv entnommenen sind nicht an sich glaubwürdiger, als andere, sondern gewähren nur die Sicherheit, daß sie seit der Deposition nicht verfälscht worden sind,[69] müssen aber allerdings, soweit sie Aufzeichnungen von Beamten über Amtshandlungen und officielle Wahrnehmungen enthalten, aus denen in vorgeschriebener Form öffentliche Verfügungen und Zeugnisse ausgefertigt zu werden pflegen, mit diesen gleiche Beweiskraft haben.[70]

Urkunden nun, deren Inhalt sich unter einen der aufgestellten drei Gesichtspuncte bringen läßt, kann man materiell glaubwürdig nennen. Um aber den ihrem Inhalt entsprechenden Beweis zu erbringen, müssen sie zugleich

II. formell glaubwürdig sein. Nur dann nämlich gibt eine Urkunde dem Richter dieselbe Ueberzeugung, als ob er ihren Inhalt aus dem Munde des Ausstellers selbst wahrgenommen hätte, wenn sie von dem durch die Unterschrift bezeichneten Aussteller wirklich herrührt (veritas instrumenti), und wenn sie nicht verfälscht worden ist (bonitas instrumenti). Von zwei Momenten ist mithin die Glaubwürdigkeit der Urkunden in formeller Beziehung abhängig, einem positiven und einem negativen. Jedoch bedarf das negative Moment, die Unverfälschtheit, der besonderen Nachweisung nur dann, wenn die zum Zweck des Beweises producirte Urkunde Zusätze, Radirungen oder sonstige Correcturen zeigt, welche sich nicht sofort nach dem Zusammenhang als unverdächtig darstellen.[71] Denn da solche Aenderungen selbst ohne weitere An-

---

pign. (8, 18), nov. 73 c. 1, 2, nov. 117 c. 2 vergl. mit Note 51, und dazu Glück: Commentar XVIII. S. 283 fg.

68) Wie man sehr häufig wegen c. 13 X. de prob. (2, 19) („per libros antiquos") angenommen hat — vgl. Spangenberg im Arch. für civ. Pr. II. S. 94 und die daselbst Note 9 Angeführten —, obschon jene Decretale auf das Alter durchaus kein besonderes Gewicht legt, und die Natur der Sache gewiß nicht dafür spricht, daß an sich untaugliche Urkunden mit den Jahren beweistüchtig werden.

69) Nov. 15 pr. c. 5, nov. 73 c. 7 §. 3.

70) Daraus erklärt sich auch nov. 49, c. 2, welche die im gerichtlichen Archiv deponirten Privaturkunden [vgl. l. 25 C. de donat. (8, 54)] deshalb für geeignet zur Schriftenvergleichung erklärt, weil durch die Acten die Deposition und damit die Aechtheit bezeugt werde. Cf. Asverus l. c. p. 25 sequ. und besonders in dem Progr. de probatione per documenta ex archivo desumta, Jenae 1842, wo die älteren sehr von einander abweichenden Ansichten critisch beleuchtet werden. Vgl. übrigens auch Spangenberg a. a. O. (Note *) II. S. 43 fg. und im Arch. für civil. Pr. II. S. 87 fg.

71) Davon ist das c. 3 X. h. t. (2, 22) zu verstehen. Vgl. auch Cropp in Heise und Cropp: Jurist. Abhandl. I. S. 105 fg.

zeichen der Fälschung die Beweiskraft der Urkunde mindern und möglicher Weise ganz aufheben,[71a] so liegt es im Interesse des Probanten darzuthun, wie sie entstanden sind, und aus der Art ihrer Entstehung den Richter von ihrer Unverdächtigkeit zu überzeugen.[71b] Dagegen wird die Unverfälschtheit äußerlich integer erscheinender Urkunden bis zum Beweise des Gegentheils präsumirt. Anders verhält es sich mit jenem positiven Moment, der Aechtheit.

Aecht nennen wir eine Urkunde, wenn sie von demjenigen herrührt, welchen die Unterschrift oder auch der Context als den Aussteller bezeichnet. Dazu ist nicht erforderlich, daß sie von der bezeichneten Person von Anfang bis zu Ende geschrieben worden sei; das, wodurch man sich zu einer Urkunde bekennt, ist die Namensschrift, die, wenn sie nicht in den Context, sondern an das Ende gesetzt wird, zugleich den Abschluß der Urkunde bezeugt.[71c] In früherer Zeit bediente man sich in Deutschland statt ihrer vielfach eines Siegels[72] oder Monogramms;[72a] heut zu Tage reicht jedenfalls der Familienname,[72b] bei manchen weniger wichtigen Urkunden auch schon ein Namenszeichen[72c] aus, und diejenigen, welche nicht schreiben können, pflegen sich die in ihrem Namen geschriebenen Urkunden durch Unterkreuzen (gewöhnlich mit drei

71a) C. 6 X. h. t. (2, 22) [„— Instrumentum quoque sententiae multis modis inveniebatur suspectum, tum quia in ipso quaedam apparebant litturae —"].

71b) Dieser Beweis wird unnöthig, wenn die fragliche Veränderung in Verbindung mit der Unterschrift oder durch eine Randbemerkung besonders beglaubigt worden ist. Vgl. Not. O. von 1512 §. 18. Uebrigens kann auch der Probat den Beweis der Verfälschung versuchen, wenn es ihm darauf ankommt, die Urkunde als gänzlich unbeweisend darzustellen. Vgl. über die Frage Cropp a. a. O. I. 7, Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert: Archiv IX. 100.

71c) Steht der Name im Context, z. B. so: Ich N. N. bekenne u. s. w., so ist die Urkunde nicht schlechthin unbeweisend; es ist möglich, daß ihre Perfection sich aus anderen Umständen ergibt. Vgl. Ortloff: Juristische Abhandlungen und Rechtsfälle I. 1 S. 43.

72) Die Römer gebrauchten die Siegel nur zur Verschließung der Urkunden. Vgl. Spangenberg a. a. O. (Note *) I. S. 234, Gneist: Formelle Verträge S. 342. Die Untersiegelung kommt unter den fränkischen Königen auf, und scheint in Deutschland seit dem 8. Jahrhundert gebräuchlich geworden zu sein; sie vertritt die Unterschrift und dient zu deren Verstärkung. Vgl. Spangenberg a. a. O. I. S. 236 fg., Eichhorn: Deutsche St. und R. G. II. §. 341 Anm., §. 382. Ueber öffentliche Siegel vgl. die Note 72i.

72a) S. Spangenberg a. a. O. I. S. 215—220.

72b) Vgl. Erk. des O. A. Gerichts zu Dresden bei Seuffert: Archiv I. 373, III. 394.

72c) Z. B. bei Abschlagszahlungen, öfter wiederkehrenden Anweisungen, Briefen u. dgl. Vgl. Strippelmann a. a. O. I. S. 105, Langenbeck a. a. O. S. 648.

Kreuzen) anzueignen,[72d] obwohl dieses Zeichen kaum einen practischen Nutzen hat, weil es nicht individuell genug ist, um den Aussteller auch nur mit einiger Sicherheit erkennen zu lassen, und eben so wenig die bei einem des Schreibens Unkundigen für die Aneignung bedingende zuvorige Vorlesung der Urkunde festzustellen vermag.[72e] Eher noch bietet die von einem Anderen auftragsmäßig besorgte Unterschrift[72f] einige Sicherheit, (wo diese Vertretung sich nicht aus Rücksicht auf Formvorschriften, wie bei öffentlichen Urkunden und bis zu einem gewissen Maaße bei Testamenten, verbietet), indem der Probat, wie unten zu zeigen sein wird, wenigstens von vorn herein zu einer eidlichen Erklärung über den fraglichen Auftrag genöthigt werden kann, ohne daß dabei die Schreibkunde in Betracht kommt.[72g]

In keinem Falle aber wird die Aechtheit einer Urkunde allein schon durch die Namensschrift festgestellt. Denn der Richter vermag nicht alle Handschriften zu kennen, und noch weniger aus der bloßen Anschauung einer ihm vorliegenden über deren Aechtheit zu urtheilen. Es müssen immer noch andere Kennzeichen und Beweisgründe hinzutreten, und diese sind wieder nach dem Inhalt der Urkunden verschieden.

1. Enthält die Urkunde das Zeugniß eines öffentlichen Beamten, so gilt sie nach einer in Deutschland ausgebildeten Rechtsansicht nur dann als beweisend, wenn sie außer der Unterschrift auch die Zeit und den Ort der Ausstellung[72h] und nament-

---

72d) Diese Sitte scheint im R. R. ihren Ursprung zu haben. Cf. l. 22 §. 2 C. de jure delib. (6, 30), nov. 90 pr. Ueber ihre spätere Ausbildung s. Spangenberg a. a. O. I. S. 212—215, Oesterley a. a. O. II. S. 521.

72e) Deshalb kann der Probat nicht für verpflichtet gehalten werden, sich über die Aechtheit bloß unterkreuzter Urkunden zu erklären. Vgl. Claproth: Einleitung II. §. 234, Langenbeck a. a. O. S. 689 fg., Erk. des O. A. G. zu Cassel bei Strippelmann: Neue Sammlung VI. S. 625. A. M. sind Bopp in der Zeitschr. für C. R. und Pr. IV. 12, Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert: Archiv VI. 280, Erk. der J. F. zu Jena das. XII. 322. Schon das R. R. — cf. l. 22 §. 2 C. de jure delib. (6, 30), nov. 73 c. 8 — schreibt daher zur Sicherstellung der Urkunden schreibunkundiger Personen die Zuziehung von tabularii und Zeugen vor. Vgl. auch Note 74.

72f) Eine solche kommt vor in l. 22 §. 2 C. cit., l. 21 §. 1 C. de testam. (6, 23), nov. 44 pr., Not. O. von 1512 §. 7.

72g) Vgl. Ortloff a. a. O. I. S. 58, Langenbeck a. a. O. S. 647, Erk. des O. Trib. zu Stuttgart bei Seuffert: Archiv XII. 182 und über die Formel des Diffessionseides Note 86b.

72h) Die nov. 47 c. 1 schreibt die genaue Angabe der Zeit für gerichtliche Protocolle und die Urkunden der Tabellionen vor, und eben so wird dieselbe frühzeitig von deutschen Rechtsquellen als wesentlich angesehen. Vgl. die Nachweisungen bei Walter: Deutsche R. G. §. 666 Note 8. Demzufolge ging

lich das Amtssiegel des Ausstellers an sich trägt, weil dieses als unzweideutiges Merkmal des Amts dem abgelegten Zeugniß erst seine nothwendige Beziehung auf den Amtseid gibt.[72i] Die Amtssiegel aber müssen, da sie dem öffentlichen Rechte angehören, dem Richter bekannt sein, und eben deshalb auch ohne Weiteres für die Urkunde, der sie beigedruckt sind, den Beweis der Aechtheit in dem Maaße erbringen, daß der Probat sich entweder der einfachen Agnition der Urkunde oder dem Beweise ihrer Unterschiebung, d. h. eines falsum zu unterziehen hat. Dasselbe gilt von den Notariatsinstrumenten.

2. Bei Urkunden dagegen, welche ein außergerichtliches Geständniß enthalten, und zu ihrer Gültigkeit nicht einmal nothwendig Zeit- und Ortsangabe erfordern,[72k] fehlt es an einem positiven Zeichen der Aechtheit, da als solches weder die Unterschrift, noch das etwa beigedrückte Privatsiegel gelten kann. Nur particularrechtlich steht dem Siegel gewisser Privatpersonen, der s. g. Siegelmäßigen, die Kraft öffentlicher Siegel zu.[73] Deshalb muß die Aechtheit der Privaturkunden vom Probanten besonders dargethan werden, sofern nicht zum Voraus für diesen Beweis durch ein der Urkunde beigefügtes öffentliches Zeugniß gesorgt ist, welches die geschehene Anerkennung der Unterschrift, oder den Act der Unterzeichnung, oder wenn der Aussteller des Schreibens unkundig ist, die nach vorgängiger Vorlesung erfolgte Genehmigung des Inhalts und Beifügung des Handzeichens beglaubigt.[74] Hier-

---

dieses Erforderniß in das C. R. — c. 11 X. de prob. (2, 19) —, in die Not. O. von 1512 §. 3, und in die deutsche Praxis über. Vgl. Oesterley a. a. O. I. S. 289—294, 367, 455 fg., II. S. 432 fg. — Die Angabe des Orts, die schon in römischen Urkunden vorkommt, ist zu einer nothwendigen Form öffentlicher Urkunden erst später erhoben worden, durch das c. 11 X. cit. für gerichtliche Protocolle, durch die Not. O. von 1512 §. 3 für Notariats-Instrumente, und allgemein durch die Praxis. Vgl. Oesterley I. S. 45, 294—296, 367, 457 fg., II. S. 436.

72i) Ueber den Gebrauch der Siegel bei öffentlichen Urkunden vgl. c. 2, 6 X. h. t. (2, 22), c. 2 in VI. de off. ord. (1, 16), Schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 34 §. 3, 139 §. 1, und dazu J. H. Boehmer: J. E. P. II. 22 §. 2, Gesterding: Ausbeute I. S. 235 fg., Spangenberg a. a. O. I. S. 242 fg., Eichhorn a. a. O. (Note 72) III. §. 463 Note g, IV. §. 564 Note b, Einleitung in das D. Pr. R. §. 62, Walter a. a. O. §. 666. Natürlich wird das Siegel nur bei der Ausfertigung erfordert.

72k) L. 34 §. 1 D. de pign. (20, 1). Die Beifügung von Ort und Zeit der Ausstellung empfiehlt sich jedoch aus nahe liegenden Zweckmäßigkeitsgründen.

73) Vgl. Eichhorn: Einleitung in das D. Pr. R. §. 62, 63.

74) Oesterley a. a. O. II. S. 462, Strippelmann: Neue Sammlung VI. S. 624 fg. Daß das Vorlesen unterkreuzter Urkunden, und die wörtliche

von abgesehen beweist der Probant die Aechtheit durch das in gleicher Richtung abzulegende mündliche Zeugniß zweier Privatpersonen (recognitio per testes),[75] oder durch eine andere, ein Geständniß der Aechtheit enthaltende Urkunde,[75a] und in subsidium, d. h. wenn er mit einem Calumnieneid betheuert, keine sonstigen Beweismittel zu haben,[76] durch die Vergleichung der bestrittenen Urkunde mit den Schriftzügen einer von dem angeblichen Aussteller sicher herrührenden Urkunde, durch die comparatio litterarum.[77] Daß aber die zur Vergleichung herangezogene Urkunde ächt sei, soll gegen den Probaten angenommen werden, wenn er selbst sie als ächt producirt hat, und eben so, wenn ihre Unterschrift mit der Beglaubigung eines öffentlichen Beamten oder dreier Zeugen versehen ist, vorausgesetzt, daß sie demnächst von zwei dieser Zeugen eidlich anerkannt wird.[78] Jedoch kann die durch Sachverständige[79] zu bewirkende Vergleichung der Handschriften die Aechtheit niemals vollkommen, sondern höchstens bis zum Ergänzungseide feststellen.[80] Daß in Ermangelung von Urkunden, welche

---

Genehmigung ihres Inhalts beglaubigt sein müsse, bestreitet Langenbeck a. a. O. S. 689, jedoch aus unzureichenden Gründen.

75) L. 16 pr. (rest.) C. h. t., nov. 73 c. 1, 2, 4. Die ziemlich verbreitete Ansicht, es könne die Aechtheit durch Zeugen auch in der Art bewiesen werden, daß dieselben die Handschrift des angeblichen Ausstellers zu kennen erklären, und die ihnen vorgelegte Scriptur als die seinige recognosciren, ist offenbar unrichtig, weil die Zeugen hier nicht als solche, sondern als Sachverständige fungiren würden. Vgl. darüber Glück: Comm. XXII. S. 100 und Ortloff I. 1 S. 90 fg.

75a) Vgl. Ortloff a. a. O. I. S. 31.

76) Cf. nov. 73 c. 7 §. 3 und dazu Ortloff a. a. O. I. S. 85.

77) Ueber die Litteratur dieser Lehre vgl. Glück a. a. O. XXII. S. 86 Note 69, 70 und überhaupt Ortloff a. a. O. I. 1 §. 13.

78) Also instrumenta publica (actis insinuata oder in archivo deposita), forensia und s. g. quasi publica — l. 20 C. h. t. (4, 21), nov. 49 c. 2 —. Streng hält sich jedoch der deutsche Gerichtsgebrauch an diese Bestimmungen nicht. Vgl. Goldschmidt: Abhandlungen aus dem d. gem. C. Pr. Nr. 9, Gensler im Arch. für civil. Pr. II. S. 329 fg., Ortloff a. a. O. I. S. 83. Erwähnt wird die Schriftenvergleichung zuerst von Constantin in l. 22 C. ad leg. Corn. de falsis (9, 22). Vgl. auch l. 16 (rest.) C. h. t. (4, 21).

79) L. 20 C. h. t. (4, 21), nov. 49 c. 2 i. f.

80) Dies findet seine Rechtfertigung in nov. 73 c. 4 vgl. mit c. 7 §. 3, wie beinahe allgemein anerkannt wird. Cf. gl. exacto jurejurando] ad l. 31 D. de jurejur., Henr. Host. Summa aurea in tit. de fide instr. §. Quis sit effectus, Jo. Faxiolus: Tr. de summ. cogn. (ed. Briegleb) p. 22 und nach ihm Dur. I. 1 de off. omn. jud. §. 8 nr. 17, II. 2 de prob. §. 3 nr. 28, Bart. ad l. 3 C. de reb. cred. nr. 2, ad l. 31 D. de jurejur. nr. 25, Bald. ad l. 31 D. de jurejur. nr. 17, ad auth. Sed novo jure C. si cert. pet. nr. 15, Jo. Petrus de Ferrariis: Praxis aurea XV. 20 nr. 3, Lanfr. de Oriano in comm. ad. l. 31 D. de jurejur. nr. 43, und über die neuere Litteratur Danz: Grundsätze §. 338 N. a, Glück a. a. O. XXII. S. 194, so wie

zur Vergleichung geeignet sind, der Probat verbunden sei, vor Gericht Etwas niederzuschreiben, läßt sich wohl nicht annehmen,[80a] und da es sonach leicht möglich ist, daß auch dieses subsidiäre Beweismittel fehlschlägt, so ist man bemüht gewesen, die beweisende Kraft der Privaturkunden in noch anderer Art sicherzustellen. An sich schon kommt es zum Aechtheitsbeweise nur dann, wenn der Probat die gegen ihn producirte Urkunde für unächt erklärt, also nicht recognoscirt, sondern diffitirt,[81] und um leichtfertigem Diffitiren vorzubeugen, läßt das R. R. den Probaten einen Calumnieneid (früherhin abgesondert von dem generellen, später in Verbindung mit demselben) dahin ausschwören, daß er die Anerkennung nicht des Verzuges wegen verweigere.[82] Ferner aber entspricht es dem römischen Beweissystem, daß der Probant in subsidium und wenn er auf Verlangen des Probaten seinerseits einen Calumnieneid leistet, auch unmittelbar sich des Eides bedienen kann, um eine Entscheidung über die Aechtheit herbeizuführen. Er darf dem Probaten den Eid zuschieben,[83] und denselben, wenn er zurückgeschoben wird, selbst ausschwören. Indeß ist die Praxis hierbei nicht stehen geblieben; sie hat in Beziehung auf Privaturkunden jenen römischen Eiden einen selbständigen deutschrechtlichen Eid, den s. g. Diffessionseid,[84] substituirt, welcher den Character eines nothwendigen Eides hat, und weder subsidiär, noch durch einen vorgängigen Calumnieneid bedingt ist, der auch vom Probaten nicht zurückgeschoben, wohl aber durch den liquiden Beweis der Unächtheit unnöthig gemacht werden kann.[85] Von der Ansicht nämlich ausgehend, daß wegen der auf das falsum gesetzten Strafe der Name des Probaten oder desjenigen, für dessen Bekenntniß der Probat einstehen muß, an sich schon einige Vermuthung für

---

Gensler im Arch. für civ. Pr. II. S. 332. Nicht ganz einverstanden ist Ortloff a. a. O. I. S. 88 fg., welcher unter Umständen vollen Beweis eintreten lassen will.

80a) A. M. ist Schweikart in der Zeitschr. für C. R. und Pr. IV. S. 331 fg., welcher sich auf die (nur referirende) nov. 73 c. 1 beruft. S. aber Ortloff a. a. O. I. S. 85.

81) Die Privatstrafen, welche die nov. 18 c. 8 dem überführten Leugner seiner Handschrift androht, sind nicht mehr in Uebung. Vgl. §. 30 Note 7.

82) Nov. 49 c. 3.

83) Ausdrücklich anerkannt in nov. 18 c. 8.

84) Ueber die verschiedenen Ansichten, welche rücksichtlich dieses Eides aufgestellt worden sind, vgl. Glück a. a. O. XXII. S. 46, Heffter: System §. 251 Note 219, Schmid: Handbuch II. §. 150 und besonders Ortloff a. a. O. I. 1 §. 3, 4

85) Die verschiedenen Ansichten s. bei Ortloff a. a. O. I. S. 51 fg.

die Aechtheit begründe, zählten bereits die Glossatoren die Privatscripturen zu den unvollständigen Beweismitteln, und folgerten daraus, daß die durch sie begründete, wenngleich immerhin geringe Vermuthung entweder auf anderem Wege zu vervollständigen, oder durch einen (dem deutschen Rechte entlehnten) **Reinigungseid** zu entkräften sei. Diese Auffassung wurde dann von den Späteren adoptirt, und fand bei den älteren deutschen Processualisten um so bereitwilligere Aufnahme, als sie durch vorhandene einheimische Bildungen unterstützt wurde.[86] Danach gestaltet sich die Sache in

---

86) In den Gesetzen findet diese Auffassung keine Bestätigung (vgl. Note 82, 83); nicht einmal in den gewöhnlich angeführten Stellen der älteren deutschen Rechtsquellen. Denn die lex Alamann. II. 2 handelt von einem Eide, welcher die Frage zur Entscheidung bringen soll, ob eine bestimmte Urkunde abgefaßt worden sei, und die lex Wisigoth. II. 5 §. 17 erwähnt zwar einen dem Diffessionseide auffallend ähnlichen Eid, derselbe soll aber die Beweiskraft der Urkunde, auf welche er sich bezieht, nicht vernichten, sondern nebst einem gleichzeitig vom Probanten zu schwörenden Eide der Schriftenvergleichung vorausgehen. — Die Ansicht der Glosse wird vorgetragen in gl. exacto jurejurando] ad l. 31 D. de jurejur. und besonders in gl. invenerit] ad nov. 73 c. 4, welche so lautet: — „Et quod de jurejurando dicit, dic secundum Al. (Albericum), quod pars parti defert: quia tenetur vel recipere, vel referre, — vel juste recusare. 2. Vel dic verius, quod loquitur de jurejurando a judice delato. haec enim scriptura, licet privata inducit aliquam conjecturam, ut hic et Cod. de prob. l. instrumenta. quae est semiplena probatio, et sic deferre potest sacramentum et debet: ut C. de reb. cred. l. in bonae fidei et ff. de jurejur. l. admonendi. Nec videtur hoc durum, quasi quilibet posset aliquam scripturam confingere, ut sic ei deferatur sacramentum, propter timorem falsi, quem incurreret. 3. Item et propter alias multas litteras adversarii, quae possent comparari. Item et quia quilibet non scit scribere: imo pauci respectu eorum, qui ignorant: cum pro pluribus lex facta sit. — 4. Item et quia magis deferretur reo, quam actori: cum ipse suae scripturae vel sui facti melius noverit veritatem: — et quia reus est favorabilior.“ — Später ist es besonders Bartolus ad nov. 73 c. 4, welcher der Glosse unter ausdrücklicher Erwähnung des Eides beipflichtet, während eine große Zahl anderer Juristen mit Berufung auf die Glosse oder Bartolus wenigstens das in den Privaturkunden an sich liegende Indicium anerkennt, wie Faxiolus, Durantis an den in Note 80 angeführten Orten (vgl. auch Bart. ad l. 31 D. de jurejur. nr. 25), Cynus ad l. 2 D. si ex nox. c. agatur nr. 17, Raph. Fulgosius ad l. 31 D. cit. nr. 27, Salycetus ad l. 3 C. de reb. cred. nr. 11, Paulus de Castro ad l. 31 D. cit. nr. 42, Jo. Bapt. de Caccialupo in repet. l. 31 D. cit. nr. 62 i. f. (in Repetit. Lugd. 1553 vol. II. p. 161 sequ.). Zwar fehlt es auch nicht an Widerspruch. Jac. de Belvisio ad c. 73 c. 4 (vor des Bartolus Zeit) bestreitet nicht bloß die Beweiskraft der Privaturkunden ohne hinzutretende Schriftenvergleichung, sondern leugnet auch die Nothwendigkeit des Reinigungseides, Baldus ad l. 31 D. cit. nr. 16, ad l. 3 C. de reb. cred. nr. 33 und Jason ad l. 31 D. cit. nr. 77 drücken sich darüber jedenfalls zweideutig aus, und daß sich die Ansicht der Gl. in der ital. Praxis nicht überall festgesetzt hat, möchten die stat. Perusii vol. II. rubr. 14 („— et si comparuerit, cogetur medio juramento dicere, an talis politia sive scripta manu sua sit, vel ne; quam si recognoverit, possit et debeat mandari executioni, ut supra,

der heutigen Praxis so. Der Probant kann gleich bei Antritt des Urkundenbeweises eventuell, d. h. für den Fall der Diffession den Aechtheitsbeweis antreten, z. B. durch Benennung von Recognitionszeugen oder Bezeichnung der zur Schriftenvergleichung zu verwendenden Urkunden, und der Probat hat dann die ihm vorgelegte Beweisurkunde nur zu recognosciren oder zu diffitiren. Wenn er sich dagegen auf die Production seiner Urkunde beschränkt, so muß der Probat dieselbe entweder recognosciren, oder falls er sie diffitirt, sofort sich zum Diffessionseide erbieten, der jedoch auch jetzt noch vom Probanten durch den Aechtheitsbeweis abgewandt werden kann. In beiden Fällen aber wird die Ausschwörung des Diffessionseides nur dann unnöthig, wenn der versuchte Aechtheitsbeweis gelingt, oder ein liquider Beweis der Unächtheit zur Hand ist.[86a] Die Eidesformel pflegt dahin gefaßt zu werden, „daß der Diffitent die bestrittene Urkunde weder selbst geschrieben oder unterschrieben habe, noch durch einen Anderen für sich habe schreiben oder unterschreiben lassen".[86b] Und von selbst versteht es sich, daß sie ein eidliches Leugnen der durch die Urkunde bezeugten Thatsache nicht enthalten darf. Auch kann der Probat, wenn er die Aechtheit der Unterschrift anerkannt hat, den Inhalt nicht mehr

---

et similiter si negaverit si fuit legitime probata, quod sit manu ipsius, et eodem modo, si jussus a judice, coram quo comparuerit, medio juramento recognoscere, recusaverit talem recognitionem facere —") und die hiermit übereinstimmenden stat. Eugubii II. 32, stat. Genuae II. 14 (bei Briegleb: Gesch. des Executivpr. II. S. 234) zu beweisen scheinen. Dagegen folgen der Glosse die ältesten deutschen Processualisten, wie Petrus Termineus: Proc. scripti juris c. 43 nr. 1, 4, Chil. König: Proceß c. 98, Chil. Goldstein: Gerichtl. Proceß, ed. Frankf. 1585 S. 73, Justin Gobler: Spiegel der Rechten VII. §. Vom schriftl. Beweise. Und da ferner das Kulm. Recht (ed. Leman) III. 74, das Goslar. Statut. (ed. Göschen) III. p. 71, der verm. Sachs. Sp. III. 11 d. 1, und die Gl. zum sächs. Lehnr. c. 19 bezeugen, daß der Reinigungseid bereits nach deutschem Brauche auf die Diffession der Privatsiegel und Handschriften angewandt worden sei, so kann es nicht wundern, wenn jene Lehre der Romanisten so leichte Aufnahme fand, daß Carpzov: Defin. I. 12 d. 27 und I. 17 d. 12 den Gebrauch des Diffessionseides in der beschriebenen Weise als eine „inveterata consuetudo in foro Saxonico" bezeichnen konnte. — Auf den deutschrechtlichen Character dieses Eides haben in neuerer Zeit Eichhorn: D. St. und R. G. III. §. 461, Homeyer: De juramenti diffessionis natura, Gött. 1830 und besonders Ortloff a. a. O. I. 1 §. 2 hingewiesen, welcher letztere zuerst auch die angeführten Stellen der deutschen Rechte zur Geltung gebracht hat, während neuerdings Zimmermann: Der Glaubenseid §. 48 dem Diffessionseide wieder den Character eines Calumnieneides zu vindiciren sucht.

86a) Vgl. über das Vorstehende Ortloff a. a. O. I. S. 30—34.

86b) S. Schmid: Handbuch II. S. 304 Note 50, Ortloff a. a. O. I. S. 57 fg., Bayer: Vorträge S. 858, Strippelmann: Die nothwendigen Eide S. 274, Erk. des O. Trib zu Stuttgart bei Seuffert: Archiv XII. S. 245.

eidlich diffitiren, wohl aber seinerseits beweisen, daß er getäuscht, oder daß der Inhalt verändert, oder die Unterschrift wider seinen Willen zur Ausstellung der Urkunde vom Gegner mißbraucht worden sei.[87]

3. Für die dispositiven Urkunden endlich läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Sind sie Verfügungen öffentlicher Behörden und mit einem Amtssiegel versehen, so fordern sie den Beweis der Aechtheit so wenig wie andere öffentliche Urkunden. Wenn sie eine Privatdisposition enthalten, und gegen den Disponenten selbst oder gegen eine aus dessen Disposition haftende Person, einen Erben oder Mandanten, benutzt werden, so findet der Diffessionseid mit Einschluß des zur Abwendung dieses Eides zulässigen Aechtheits- und Unächtheitsbeweises Anwendung. Und was die sonstigen, den eigenen Urkunden des Probaten nicht gleichzustellenden Urkunden dritter Personen anbelangt, so ist wenigstens darüber kein Zweifel möglich, daß im Fall der Diffession die Aechtheit bewiesen werden muß, und dieser Beweis den unter 2. erörterten Vorschriften des R. R. unterliegt. Zweifelhaft aber ist, ob hier der Probat auch zur eidlichen Diffession verpflichtet sei. Dagegen spricht, daß der Diffessionseid im älteren deutschen Rechte auf dem Grundsatze beruht, daß der Gegner *eigene* Handlungen eidlich abzuleugnen habe, nicht fremde.[87a] Allein da man von denen, welche aus Bekenntnissen und Dispositionen ihres Erblassers oder Mandatars verhaftet sind, den Diffessionseid unbedenklich dem Glauben nach schwören läßt,[87b] so ist die abweichende Behandlung der ohne ein solches Successionsverhältniß bindenden Dispositionen Dritter um so weniger gerechtfertigt, als die in der italienischen und deutschen Doctrin herrschende Annahme, daß Privaturkunden

---

87) Arg. l. 18 C. de prob. (4, 19), l. 5 C. plus valere (4, 22), l. 8 §. 15 D. quib. modis pignus (20, 6), womit zu vgl. Leyser: Medit. sp. 278, Pufendorf: Observ. III. 144, Claproth: Einleitung II. §. 242, Danz: Grundsätze §. 333, Schmid a. a. O. II. S. 298 Note 10, Ortloff a. a. O. I. S. 61. Den Beweis der Einrede kann übrigens der Probat auch darauf richten, daß die producirte Urkunde von ihm als Blanquet ausgegeben, und vom Empfänger *wider* seine Absicht ausgefüllt worden sei; sollte hierdurch der Probant getäuscht und in Schaden gebracht worden sein, so wird ihm dieserhalb gegen den Probaten vielleicht ein Rechtsmittel zustehen, nicht aber der Urkunde eine Glaubwürdigkeit zuwachsen, die sie an sich nicht haben kann. Vgl. über diese Frage Carpzov: Defin. I. 17 d. 42, Pufendorf l. c. III. 126, Danz a. a. O. §. 333.

87a) So Ortloff a. a. O. I. S. 37 und die daselbst in Note 92 Citirten.

87b) Das erkennt auch Ortloff I. S. 10 fg. an. Vgl. dazu die in Note 86 b citirten Schriftsteller.

an und für sich schon einige Vermuthung für ihre Aechtheit ergeben, offenbar auch auf die hier in Frage stehenden Urkunden paßt.[87c] Und in der That ist dies im sächsischen und in einigen anderen Particularrechten ausdrücklich anerkannt.[87d] Daß dispositive Urkunden, wenn eben nur ihre Aechtheit bewiesen oder zugestanden worden ist, nichts weiter als die in ihnen enthaltene Disposition und namentlich nicht den Zeitpunct der Ausstellung darthun, wurde bereits oben (I. 1) hervorgehoben. Und von selbst versteht es sich, daß wenn für dieselben eine über den Gebrauch gewisser Ausdrücke (z. B. „Wechsel") hinausgehende, nicht bloß die Ernstlichkeit, sondern auch die Erkennbarkeit des Willens sichernde Form erforderlich ist (man denke an die Mitwirkung der Zeugen und die gerichtliche Deposition bei schriftlichen Testamenten und Codicillen, an die Unterschrift dreier Zeugen bei den instrumenta quasi publica), aus der Beobachtung dieser Form sich zugleich die Aechtheit ergibt,[87e] ohne daß auf den in Betreff der Form erforderlichen Beweis der Diffessionseid anwendbar ist.

Diese Betrachtungen ergeben nun auch, in wie weit der Probat Veranlassung hat, zur Feststellung der formalen Glaubwürdigkeit producirter Urkunden seinerseits beizutragen; seine Thätigkeit beginnt, sobald in der bezeichneten Art die zunächst entscheidenden Momente der Aechtheit und Unverfälschtheit dargelegt sind, und wird sich vorzugsweise auf den Beweis der Fälschung richten.[88] In dieser Beziehung steht ihm ein doppelter Weg offen.[89] Er kann unter Voraussetzung genügender Verdachtsgründe eine peinliche Untersuchung beantragen, und bewirkt dadurch, daß das Civilverfahren bis zur Entscheidung des Criminalpuncts sistirt wird; er kann aber auch in dem anhängigen Verfahren die Fälschung zu beweisen suchen, und dem Gericht überlassen, wegen der peinlichen Verfolgung je nach dem Ausfall des Beweises seinerseits die

87c) Hiermit stimmen im Resultat überein Gensler im Arch. für civ. Pr. II. S. 1—10, Schmid a. a. O. II. S. 304.

87d) S. die Nachweisungen bei Ortloff I. S. 38 Note 99—101, und daneben Strippelmann a. a. O. (Note 86b) S. 275.

87e) Ueber den Fall, wo Instrumentszeugen erforderlich sind, vgl. Gönner: Handbuch II. 46 §. 10, 15, Glück: Commentar XXII. S. 99, Ortloff a. a. O. I. S. 76.

88) L. 24 C. ad leg. Corn. de falsis (9, 22).

89) Auf diesen doppelten Weg weisen hin l. 5, 9, 11, 16, 22, 23, 24 C. ad leg. Corn. de falsis (9, 22).

nöthige Einleitung zu treffen.[90] Sollte die Urkunde bereits zurückgegeben sein, so darf er ihre nochmalige Vorlage fordern, sofern er seiner eidlichen Versicherung nach wirklich des Glaubens ist, die Fälschung beweisen zu können. Und wird vom Probanten weder diesem Verlangen entsprochen, noch der zufällige Verlust der Urkunde beschworen, so gilt deren Beweiskraft als erloschen,[91] eben so wie im Falle der freiwilligen Zurückziehung[92] oder des Beweises der Fälschung, über welchen übrigens der Civilrichter auch dann zu erkennen hat, wenn ein Criminalverfahren vorausgegangen ist, mag in demselben eine Verurtheilung oder Freisprechung erfolgt sein.[93]

Weil aber der Beweis der Fälschung kaum möglich ist ohne Ansicht der Urkunde, gegen welche er sich richtet, so ist es der Regel nach dem Probanten nicht gestattet, die Vorlegung derselben dadurch zu umgehen, daß er die ihre Beweiskraft constituirenden Momente mittelst anderer Beweismittel feststellt. Es wäre denn, daß diese stringent genug erschienen, um die Möglichkeit der Fälschung auszuschließen, was unzweifelhaft dann anzunehmen ist, wenn eine über den Inhalt der Beweisurkunde nicht bloß beiläufig und im Allgemeinen, sondern gerade eines zu beschaffenden Beweises wegen speciell referirende Urkunde entweder vom Probaten selbst herrührt und die formelle Glaubwürdigkeit der angezogenen Urkunde direct oder indirect anerkennt, oder sich als das Zeugniß einer öffentlichen Behörde über den Inhalt von ihr geführter Acten darstellt.[94] Unter anderen Umständen erregt schon der Antritt dieses mittelbaren Urkundenbeweises den Verdacht einer Ungehörigkeit, und wenn daher der Probant mit demselben zugelassen werden will, so muß er wenigstens wahrscheinlich machen, daß die in Frage stehende Urkunde ohne sein Verschulden verloren oder untergegangen sei, oder aus einem von seiner Einwirkung unabhängigen Grunde nicht herbeigeschafft werden könne.[95] Ohne-

---

90) Vgl. Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht S. 526 fg.

91) L. 21 C. h. t. (4, 21).

92) L. 3 C. eod. Jedoch wird dadurch die Möglichkeit eines Criminalverfahrens nicht unbedingt ausgeschlossen — l. 8 C. ad leg. Corn. de falsis (9, 22) —.

93) Vgl. Planck a. a. O. S. 527.

94) Zu diesem Resultate gelangt Cropp: Von der Beweiskraft des referens sine relato, in Heise und Cropp: Jurist. Abhandl. II. 14 §. 5, 6. Vgl. auch Strippelmann: Neue Sammlung I. S. 68.

95) Daß eine solche Nachweisung erforderlich sei, wird allgemein von den

hin läßt sich gerade die formelle Glaubwürdigkeit einer solchen Urkunde nur selten zu voller Gewißheit erheben. Zwar wird sie als ausreichend bewiesen zu betrachten sein, wenn Zeugen neben dem Inhalt auch die Unterzeichnung aus eigener Wahrnehmung bekunden.[95a] Dagegen verbürgt die von einem dazu competenten öffentlichen Beamten, z. B. einem Notar vorgenommene Beglaubigung einer Abschrift, die s. g. vidimirte Abschrift, an sich kaum die Unverfälschtheit, die Aechtheit aber selbst dann nur unvollkommen, wenn das Original eine öffentliche, und gar nicht, wenn es eine Privaturkunde war.[95b] Ob und inwieweit solche Abschriften beweisend sind, bestimmt sich also nach der Beschaffenheit des Originals und der Genauigkeit der Beglaubigung; vollen Beweis erbringen sie wohl niemals.[96] Dasselbe gilt von Urkunden, welche in sonst glaubwürdiger Art und mit der erforderlichen Specialität den Inhalt der Beweisurkunde anführen, ohne doch den oben

---

Rechtslehrern angenommen, obwohl sich die Gesetze nicht darüber aussprechen. Wenn aber die Meisten einen vollen Beweis verlangen — vgl. Struben: Rechtl. Bedenken II. 99, Danz: Grundsätze §. 321 nebst den von diesen Citirten, so wie die Nachweisungen bei Leyser: Medit. sp. 282 —, so übersehen sie, daß es sich vorliegend lediglich um den Gewinn vollständigerer Rechtsvertheidigung handelt, und daß daher die bloße Bescheinigung genügt. Uebereinstimmend ist Leyser l. c. med. 10. Vgl. auch Glück: Commentar XXII. §. 1170. Nur wenn vernichtete Testamente in Frage stehen, wird die Art der Vernichtung voll bewiesen werden müssen. S. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comm. XXXIX. S. 105.

95a) Vgl. Glück a. a. O. XXII. S. 106, Erk. des O. A. Gerichts zu Lübeck bei Seuffert: Archiv IV. S. 439 a. E., Langenbeck a. a. O. S. 720. Auch die Eidesdelation wird wenigstens in Anwendung auf dispositive Urkunden (wo nicht besondere Gründe entgegenstehen) für statthaft gehalten werden müssen, während sie in Ansehung anderer Urkunden zwecklos, und vielmehr unmittelbar auf das zu beweisende Factum zu richten ist.

95b) L. 2 D. h. t. (22, 5) [über die Bedeutung des hier dem „exemplum" coordinirten „index" vgl. Brissonius de V. S. s. h. v. und Cujacius: Obs. V. 25], Pauli R. S. V. 12 §. 11 und c. 1 X. h. t. (2, 22) [„Si scripturam authenticam non videmus, ad (aut) exemplaria nihil facere possumus"]. Die Lesart „aut," welche die Abschriften den Originalen gleichstellen würde, findet sich in den Briefen Gregor des Gr. (Epist. II. 3 in Opp. ed. Venet. 1744 vol. II. p. 626), aus denen diese Decretale entlehnt ist, und Spangenberg a. a. O. (Note *) II. S. 13 fg. so wie im Arch. für civ. Pr. II. S. 102 fg. nimmt daher an, daß sie als die ursprüngliche vor der Lesart „ad" den Vorzug haben müsse. Indeß spricht für diese Lesart nicht bloß der innere Zusammenhang des c. 1 X. cit. (so wie des Originalbriefs selbst), sondern auch die Auctorität der besten Handschriften, der alten und neuen Ausgaben und der Glosse der Decretalen. Vgl. Roßhirt: Das canonische Recht S. 22, S. 602 fg. und besonders Zöpfl im Arch. für civil. Pr. XLII. 18.

96) Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Spangenberg a. a. O. (s. die vorige Note). Von Vielen wird freilich den vidimirten Abschriften öffentlicher Urkunden wieder die Kraft öffentlicher Urkunden beigelegt, wie von dem eben citirten Schriftsteller, und den bei Langenbeck a. a. O. S. 637 Note b Citirten.

hervorgehobenen Requisiten zu genügen, was mit einiger Uebertreibung das Rechtssprichwort ausdrückt „Referens sine relato nil probat“.[97] Unbedenklich aber kann sich der Probant statt der nicht herbeizuschaffenden Urkunde sonstiger Beweismittel bedienen,[98] und nur da, wo dieselbe eine Disposition enthält, ist ein anderer als der auf ihren Inhalt gerichtete Beweis der Natur der Sache nach nicht möglich.[98a] Eben darum, und überhaupt wegen der großen Vortheile des Urkundenbeweises hat das C. R. wenigstens dem in Folge allmählichen Vergehens eintretenden Verlust alter Documente vorzubeugen gesucht. Urkunden, welche vom Alter zu leiden anfangen, sollen auf Antrag des Inhabers nach Analogie der bei Zeugen Statt findenden probatio in perpetuam rei memoriam und also unter Zuziehung der Interessenten vom ordentlichen Richter geprüft, und wenn sie sich fehlerlos erweisen, durch ihn exemplificirt, d. h. mit Uebertragung ihrer vollen Glaubwürdigkeit in neue umgewandelt werden dürfen.[98b] Auch wird das, was durch eine abhanden gekommene Urkunde hätte bewiesen werden sollen, als bewiesen angesehen,[99] wenn der Probant darzuthun vermag, daß der Verlust derselben vom Probaten

---

97) Die nov. 119 c. 3, aus welcher diese Regel abgeleitet worden ist, spricht eigentlich nur das aus, daß die bloß beiläufige Erwähnung einer anderen Urkunde deren Vorlage nicht unnöthig mache. Sie scheint Bezug zu nehmen auf l. 31 D. de prob. (22, 3), l. 13 C. de n. n. pec. (4, 30). Vgl. Cropp a. a. O. (Note 94) II. 14 §. 1—4.

98) Cf. l. 57 pr. D. de adm. tut. (26, 7), l. 1, 4, 5, 7, 10—13 C. h. t. (4, 21) vgl. mit l. 15 C. eod., l. 17 C. de pactis (2, 3), l. 5 C. de transact. (2, 4), l. 12 C. de pign. (8, 14), l. 3 C. de fide et jure hastae (10, 3).

98a) Ueber Testamente insbesondere vgl. Mühlenbruch a. a. O. (Note 95) XXXIX. S. 104 fg.

98b) C. 4 X. de conf. utili et inutili (2, 30), c. 16 X. h. t. (2, 22). Daraus, daß die erste und älteste dieser Stellen ausdrücklich die Analogie der probatio in perpetuam rei memoriam hervorhebt, ist zu folgern, daß die Interessenten, d. h. diejenigen, gegen welche die Urkunde verwandt werden soll, zuzuziehen sind, und unter dem Präjudiz der Ausschließung geladen werden dürfen, obschon davon in der auf das Verfahren näher eingehenden zweiten Stelle nicht die Rede ist. Cf. J. H. Boehmer: J. E. P. II. 22 §. 5, 6, Strippelmann a. a. O. (Note *) I, S. 383 fg. A. M. ist aus unzureichenden Gründen Langenbeck a. a. O. S. 911 fg.

99) L. 20 C. de prob. (4, 19), l. 2 §. 1 D. de jure fisci (49, 14). Von einem zur Bestärkung des Inhalts erforderlichen Eide sagen diese Gesetze nichts; dennoch halten ihn einige Juristen für nothwendig, z. B. Nettelbladt: Versuch einer Anleitung §. 302, Heffter: System §. 252, übersehen aber, indem sie sich auf die Analogie des juramentum in litem berufen, daß dieser Eid nur die Größe des Interesses feststellt, den Beweis des streitigen Rechts dagegen, hier also des Rechts auf die fragliche Urkunde voraussetzt. Dieses Recht aber und damit der Inhalt der Urkunde (nicht ihre Aechtheit) muß bewiesen werden.

durch eine Handlung verschuldet worden sei, welche ihn als Dritten zum Schadensersatz verpflichtet haben würde.[100]

Die Exhibition oder Restitution von Urkunden, welche sich in den Händen eines Dritten befinden, muß mittelst einer der zu diesem Zweck vom Civilrecht aufgestellten Klagen bewirkt werden.[101] Denn ohne materiellen Rechtsgrund ist Niemand schuldig, seine Schriften Dritten zur Benutzung zu überlassen; eine öffentliche Pflicht zur Urkundenedition, ähnlich der zur Ablegung des Zeugnisses, gibt es nicht.[102] Nur insofern gilt etwas Besonderes, als a. Argentarier und Kaufleute verpflichtet sind, ihre Geschäftsbücher einem Jeden vorzuzeigen, welcher sein Interesse daran durch einen Calumnieneid bescheinigt,[103] als ferner b. der Verklagte im Interesse seiner Vertheidigung erwarten darf, daß der Kläger die zur Begründung der Klage dienenden Urkunden vorlege,[104] und umgekehrt c. der Fiscus als Kläger die Edition der ihn wegen des Klagbeweises interessirenden Urkunden vom Verklagten zu fordern berechtigt ist.[105] Jede andere Edition ist eine freiwillige (die jedoch

100) L. 6 §. 4, l. 8, l. 10 §. 3 D. de edendo (2, 13), l. 40—42 D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 27—32, l. 84 §. 3 D. de furt. (47, 2), l. 10 D. de in litem jur. (12, 3), l. 4 C. ad exhib. (3, 42).

101) Diese Klagen können dinglicher oder persönlicher Natur sein, da Urkunden gleich anderen Sachen Gegenstand des Vermögens sind. Nur für wenige Fälle sind besondere Klagen eingeführt. Vgl. l. 3 §. 14 D. ad exhib. (10, 4), tit. D. 43, 5, C. 8, 7 de tab. exhib. und Puchta: Pandecten §. 398, so wie überhaupt M. Mittermaier: Ueber die Gründe zur Edition von Urkunden, Heidelb. 1835.

102) Die l. 22 C. h. t. (4, 21), welche eine solche Pflicht annimmt, ist erst von Cujacius: Obs. X. 8 aus den Basiliken restituirt worden, und hat deshalb keine practische Gültigkeit. Gleichwohl ist der Inhalt dieser Constitution, wohl vorzugsweise „aus dem Grundsatze der natürlichen Billigkeit", von Manchen für anwendbar gehalten worden. Vgl. Danz: Grundsätze §. 316, Reinhardt: Handbuch I. §. 214 Note 6, Goldschmidt: Abhandlungen S. 90 (und die hier Citirten), Linde: Lehrbuch §. 279 N. 13, Schmid: Handbuch II. §. 146 N. 20. S. aber dagegen Kossel: Diss. de obligationis ad edenda instrumenta causis, Gott. 1796 §. 11, Almendingen in dem Mag. für Phil. und Gesch. des Rechts I. 338 fg., Glück a. a. XXII. S. 112 fg., M. Mittermaier a. a. O. S. 43 fg., Bayer: Vorträge S. 955.

103) Cf. l. 4—10 D. de edendo (2, 13) und dazu Kraut l. c. (N. 11) p. 68 sequ., so wie das, was oben zu Note 11 fg. über die rationes der Argentarier und die Bücher der Kaufleute gesagt worden ist. Die Editionspflicht der Notare, welche die Not. O. von 1512 Pr. §. 23 anerkennt, ist aus einem Mandat zu erklären. Arg. l. 6 §. 5 D. de edendo.

104) L. 1 §. 2—4, l. 2 D. de edendo (2, 13), l. 4, 5, 6, 8 C. eod. (2, 1). Ueber den Sinn dieser Stellen herrscht jedoch keineswegs Einverständniß. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Mittermaier a. a. O. S. 50 fg. und Schmid a. a. O. II. S. 282.

105) L. 3 D. eod., l. 2 §. 1, 2 D. de jure fisci (49, 14). Eine Anwendung hiervon macht c. 1 Clem. de usuris (5, 5) auf die Bücher des Zinswucherers.

niemals gegen den Fiscus Statt finden soll[106]), und nichts Anderes als das Anerbieten einer solchen ist in der den öffentlichen Behörden gegebenen Weisung enthalten, den Privaten eine angemessene Benutzung ihrer Acten zum Zweck des processualischen Beweises nicht zu versagen.[107] In denjenigen Fällen aber, in welchen die rechtliche Verpflichtung zur Herausgabe einer Urkunde an den Besitz geknüpft ist, gewährt die deutsche Praxis dem Imploranten das Recht, von dem vermuthlichen Besitzer nach Feststellung des activen Klaggrundes entweder die sofortige Herausgabe der Urkunde oder die eidliche Erklärung zu verlangen, daß er das fragliche Document weder besitze noch abhanden gebracht habe.[108] Das durch ein solches Gesuch hervorgerufene Verfahren hat außerdem nichts Besonderes; denn daß es, wenn gegen den Gegner im Hauptproceß gerichtet, und im Hauptproceß incidenter zur Verhandlung gebracht, gleich mit den erforderlichen Beweis- oder Bescheinigungsmitteln verbunden sein muß, beruht auf der Anwendung einer allgemeinen Regel.[109]

Der Eid.*

§. 25.

Der Uebergang zum Eide macht einen Rückblick auf die bisher betrachteten Beweismittel nothwendig. Denn für das Resultat

---

106) L. 45 §. 5 D. de jure fisci (49, 14).

107) L. 45 §. 6 D. eod., l. 2 C. de edendo (2, 1), l. 4 C. h. t. (4, 21). Vgl. Strippelmann a. a. O. II. S. 315.

108) Dieser Eid ist nach der Auffassung der Praxis ein Reinigungseid. Den Ausgangspunct bilden l. 4 §. 3 D. de edendo (2, 13) und l. 21 C. h. t. (4, 21). Vgl. gl. exacto jurejurando] ad l. 31 D. de jurejur., gl. sacramentum] ad l. 21 C. cit. („quia praesumitur, quod habeat eam [sc. chartam], cum habuerit litis contestatae tempore"), gl. conscientia] ad l. 6 §. 4 C. de his qui ad ecclesiam conf. („Nota quem se debere per sacramentum purgare, ut hic et — ff. de edendo l. Praetor §. 2 et — infra de fide instr. l. ult. — et ex his legibus sacramentum delatum referri non potest), gl. compellendos] ad c. un. in Clem. de usuris, Jo. Andreae ad Spec. II. 2 de edit. instr. §. 9 nr. 1, Baldus ad l. 4 §. 3 D. cit. nr. 2 und ad l. 21 C. cit. nr. 2. Seinen Ursprung hat nach diesen Zeugnissen der Editionseid in der ital. Doctrin; er wurde aber in die deutsche Praxis recipirt, wie sich aus Carpzov: Defin. I. 17 d. 18 („Usu enim et consuetudine receptum fuit, ut jussus exhibere instrumenta vel documenta, ea vel edere vel jurare debet, se illa documenta non habere") ergibt. Vgl. übrigens Goldschmidt: Abhandlungen Nr. 7, Mittermaier im Arch. für civil. Pr. IX. S. 378 fg. — Gegen den Imploraten braucht der Verdacht, daß er besitze, nur im Allgemeinen festgestellt zu werden.

109) S. oben §. 21 a. E.

* Pauli R. S. II. 1. De rebus creditis et jurejurando. Tit. D. 12, 2

einer mit denselben unternommenen Beweisführung sind neben der Rücksicht auf ihre materiellen und formellen Erfordernisse noch einige andere Gesichtspuncte von Wichtigkeit, welche man kennen muß, um die Bedeutung des Eides im System der Beweismittel vollständig zu würdigen. Vor Allem schon hat kein Beweismittel Anspruch auf Berücksichtigung, wenn nicht die durch dasselbe bekundete Thatsache sich von selbst[1] oder unter Vermittelung anderer Beweismittel[2] als mit der zu beweisenden identisch darstellt, wenigstens mit ihr in allen wesentlichen, obschon nicht in untergeordneten Momenten übereinstimmt,[3] oder absolut unvereinbar mit

de jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali. C. 4, 1 de rebus creditis et jurejurando. Causa 22 qu. 1—5. X. 2, 24. Lib. VI. 2, 11. Clem. 2, 9 de jurejurando. — Seraph. de Seraphinis: De privilegiis juramentorum, Bergami 1588, Offenbach 1610, cum comment. M. Benckendorfii, Francof. 1652, 1679. Jer. Setserus: De juramentis (verfaßt von Gerbet), Magdeb. 1608 und öfter. Sam. Stryk: De usu sacramentorum in judiciis, Hal. 1699; de cautelis sacramentorum, Frf. 1706 und öfter. Malblanc: Doctrina de jurejurando e genuinis legum et antiquitatis fontibus illustrata, Norimb. 1781, Tub. 1820. A. v. Hoff: Ueber den Ursprung, Begriff und Geschichte des Eides, Berlin 1790. Justin. von Schmid gen. Phiselbeck: Ueber den Eid, Helmst, 1798. J. Chr. Fr. Meister: Ueber den Eid nach reinen Vernunftbegriffen, Züllichau 1810. Gensler im Arch. für civ. Pr. II. 2. Lindelof ebendas. IV. 29. Bayer: Betrachtungen über den Eid, Nürnb. 1829. Barth: Beitr. zur Lehre vom Haupteide im C. Pr. vom Standpuncte der Philosophie und Legislation, des röm. und des heutigen gemeinen Rechts, Augsb. 1833. Rühl in der Zeitschrift für C. R. und Pr. IV. 13. Leue: Ueber die Natur des Eides, Aachen 1836. Göschel: Der Eid nach seinem Princip, Begriff und Gebrauch, Berlin 1837. Rizy: Der Beweis durch den Haupteid, Wien 1837. Strippelmann: Der Gerichtseid, Cassel, 1. Abth. der christliche Eid, 1855, 2. Abth. die Eideszuschiebung, 1856, 3. Abth. die nothwendigen Eide, 1857. Kraußold: Die Lehre vom Eide als Beweismittel im C. Pr., München 1857. Orelli: Studien über den gerichtlichen Eid, Zürich 1858. Renaud im Arch. für civ. Pr. XLIII. 9. Zimmermann: Der Glaubenseid, Marb. 1863. Arnold im Arch. für civil. Pr. XLVII. S. 79 fg., S. 177 fg. Füger von Rechtborn: Der Beweis durch Eide im C. Pr., Wien 1865.

1) C. 9 X. de prob. (2, 19) [„— Iidem quoque testes Faventinorum generaliter repelluntur, quia non probant illud, ad quod probandum eorum syndicus se adstrinxit"]. Vgl. auch c. 10 c. f. X. de fide instr. (2, 22).

2) Hier findet ein s. g. Identitäts-Beweis Statt. Ein solcher ist z. B. nothwendig, wenn der Kläger zur Begründung der publicianischen Klage auf einen Gutsanschlag Bezug genommen hat, durch welchen ihm vom Cedenten dessen gesammter Grundbesitz in Bausch und Bogen übertragen worden ist, indem hier noch nachgewiesen werden muß, daß das vindicirte Grundstück zu dem veranschlagten Grundbesitz gehört habe. Vgl. Cropp in Heise und Cropp: Jurist. Abhandl. I. S. 218, Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert: Archiv II. 104, VII. 304, Erk. des O. Trib. zu Stuttgart das. V. 240.

3) Dies ist die s. g. probatio per aequipollens, die namentlich unbedenklich ist, wenn die hervortretenden Differenzen nur die Zeit, den Ort oder die Modalität betreffen, vorausgesetzt, daß sie die Identität der Thatsachen selbst nicht zweifelhaft machen. Dieselbe Frage kann auch bei dem Beweis-

ihr ist. Hat aber eins von Beiden Statt, so kommt Nichts darauf an, von welcher Partei das Beweismittel in Antrag gebracht worden ist. Seine reale Production (nicht die bloße Bezeichnung) bewirkt, daß es ohne Weiteres, wenngleich vom Probanten eingebracht dem Gegenbeweise, und obwohl vom Reprobanten ausgehend dem Hauptbeweise dient, sofern es seinem Inhalt und der Grundlage seiner Beweiskraft nach dazu geeignet ist. Zeugenaussagen und Urkunden, welche ein Zeugniß enthalten, sind daher unbedingt für beide Theile bindend; außergerichtliche Geständnisse dagegen und Urkunden, in die solche gekleidet sind, beweisen vom Hinzutritt sonstiger Umstände abgesehen nur gegen, nicht für die Partei, von welcher sie herrühren.[3a] Mit diesem Vorbehalt läßt sich also sagen, daß die Beweismittel durch die Realproduction gemeinschaftlich werden.[4] Alle Beweismittel nun, welche ihren

---

antritt vorkommen, wenn durch diesen das rechtskräftig festgestellte Beweisthema modificirt wird. Vgl. darüber Pufendorf: Obs. I. 54, II. 196 (der eine offenbar zu weit gehende Entscheidung des O. A. G. zu Celle mittheilt), Bülow und Hagemann: Pract. Erört. VII. 56, Martin: Lehrbuch §. 180 m, Gensler im Arch. für civ. Pr. I. S. 383, Strippelmann: Neue Sammlung bemerkenswerther Entsch. des O. A. G. zu Cassel VI. S. 65 fg., Erk. des O. A. G. zu München bei Seuffert: Archiv II. 102, Erk. des O. A. G. zu Lübeck das. IV. 158, 264, Erk. des O. A. G. zu Rostock das. X. 97.

3a) Die Realproduction bewirkt also, wie man allgemein sagen kann, keine Veränderung in der beweisenden Kraft der Beweismittel. Ueber die l. 26 §. 2 D. depos. (16, 3) vgl. §. 22 Note 11, 12. Noch weniger als auf diese Stelle kann man sich für die früherhin gewöhnliche Behauptung, daß eine Privaturkunde für den Aussteller beweise, wenn sie vom Gegner selbst producirt werde, auf nov. 49 c. 2 §. 1 berufen, welche lediglich den allgemeinen Satz zur Anwendung bringt, daß es Niemanden gestattet sei, sich mit eigenen früheren Handlungen und Anträgen in Widerspruch zu setzen. Das außerdem zur Begründung jener Annahme angeführte c. 19 X. de censibus (3, 39) aber handelt, wie es scheint, von Vergleichsdocumenten, also von zweiseitigen Dispositionen, und gehört, wenn dies richtig ist, gar nicht hierher. Vgl. über das Ganze Cropp in Heise und Cropp: Jurist. Abh. I. 8.

4) Cf. l. 14 C. de fide instr. (4, 21), c. 13 X. eod. (2, 22), c. 19 X. de cens. (3, 39), — c. 31 X. de test. (2, 20), so wie Dep. A. von 1600 §. 28. — Die Vorstellung einer Communion als eines den Parteien gemeinsamen Rechts an den Beweismitteln tritt jedoch nicht schon in diesen Stellen, sondern erst in der Doctrin hervor, welche daraus wieder die Unstatthaftigkeit eines Verzichts des Producenten auf die gemeinsam gewordenen Beweismittel folgert. Dafür daß die Communion mit der Realproduction beginnt, spricht in specieller Beziehung auf Urkunden das in den beiden ersten Stellen vorkommende „scripturas proferre", allgemein aber, daß die Realproduction eine Mittheilung der Beweismittel nicht bloß an den Richter, sondern auch an die Gegenpartei enthält. Womit zusammenstimmt, daß die Communion der Zeugen nach c. 31 X. de test. (2, 20) im Falle ihrer Verdächtigung (d. i. ihrer Zurückweisung) nicht eintritt, und daß eine vom Gegner angefochtene Urkunde, wie l. 3 C. de fide instr. (4, 21) schließen läßt, auch noch nach ihrer Vorlegung zurückgezogen werden kann. Vgl. Linde in der Zeitschr. für C. R. und Pr. VI. 11, im Arch. für civ. Pr. XXIV. 3. A. M. sind Hesse im Arch. für civ. Pr.

gesetzlichen Voraussetzungen genügen, haben gleiche Kraft;[4a] keinem von ihnen wird heut zu Tage für gewisse Fälle der Vorzug vor den übrigen gegeben;[5] und wenn sich daher dem Probanten bezüglich derselben Thatsache eine Mehrheit von Beweismitteln darbietet, gleichartigen oder verschiedenartigen, so kann er frei unter ihnen wählen. Immerhin aber ist ihm auch deren Cumulation gestattet, wie denn selbst unabhängig von seinem Belieben eine der Cumulation im Effect gleichstehende Concurrenz von Beweismitteln, wie oben bemerkt, in Folge der Gegenbeweisführung eintritt.

Und diese Concurrenz, welche Bedeutung hat sie? Unterstellen wir zunächst vollkommene Beweismittel, so ist sie für den Probanten von Vortheil, wenn eins oder das andere derselben versagt, von Nachtheil dagegen, wenn eines versagt und das andere den Gegenbeweis erbringt, so wie in geringerem Maaße, wenn das eine das Gegentheil von dem bekundet, was das andere aussagt, da wegen der gleichen Kraft der Beweismittel, der verschiedenartigen wie der gleichartigen, beide einander aufheben.[5a]

XXIII. 1, Knorr in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XVII. 2, N. F. XIX. 8. Dagegen ist diesen Juristen gegen Linde a. a. O. darin beizustimmen, daß, wie in beschränkterer Weise schon Spangenberg im Arch. für civ. Pr. V. S. 418 fg. behauptet hat, die Communion keinen Bezug hat auf das Verhältniß des Klagbeweises zum Einredenbeweise.

4a) L. 15 C. de fide instr. (4, 21) [„In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium“], c. 10 in med. X. eod. (2, 22).

5) Daß die Ausnahmen der l. 18 C. de test. (4, 20), nov. 90 c. 2 und der l. 17 C. si certum pet. (4, 2), nov. 73 c. 8 in unseren Gerichten keine Anwendung mehr finden, ist oben in §. 23 Note 73 nachgewiesen worden. Die Bestimmung der l. 3 C. si minor se majorem dixerit (2, 43) aber ist durch die auth. Sacramenta puberum C. si adv. vendit. (2, 28) außer Gebrauch gesetzt worden. Es würde daher heut zu Tage, da l. 2 C. de test. (4, 20) ein nicht mehr practisches Rechtsverhältniß betrifft, nur noch im Fall der l. 25 §. 4 D. de prob. (22, 3), l. 13 C. de n. n. pec. (4, 30) eine Ausnahme von obiger Regel anzunehmen sein, falls nicht auch diese Ausnahme nach c. 14 X. de fide instr. (4, 21) als aufgehoben anzusehen wäre.

5a) Von gleichartigen Beweismitteln handeln l. 14 C. de fide instr. (4, 21), c. 13 X. eod. (2, 22) und c. 3 X. de prob. (2, 19), von gleichartigen und ungleichartigen l. 14 in f. C. de contr. stip. (8, 38), §. 12 I. de inutil. stip. (3, 19). Vgl. außerdem Note 6. In der c. 10 X. de fide instr. wird der Gegenbeweis auch gegen Notariatsinstrumente gestattet, und nur die erforderliche Stärke desselben unbestimmt gelassen. Das Richtige möchte sein, daß zur Widerlegung des in der Urkunde enthaltenen Zeugnisses des beeidigten Notars eine andere glaubwürdige Urkunde oder zwei vollgültige Zeugen erforderlich und ausreichend sind, und daß, wenn die zugezogenen Instrumentszeugen noch besonders eidlich vernommen werden, ihre Aussagen als selbständiges Beweismittel in Betracht kommen. Diese Auffassung ist jedoch nicht allgemein anerkannt, und insbesondere will Oesterley: Das deutsche Notariat II. §. 88 (wo sich auch weitere litterarische Nachweisungen finden) den Gegenbeweis nur dann

Woraus sich die weitere Möglichkeit ergibt, daß die Compensation der widerstreitenden Beweismittel noch einen vollen Beweis für oder gegen den Probanten zurückläßt.[6] Werden aber ferner auch die unvollkommenen Beweismittel in Betracht gezogen, so bieten sich noch zahlreichere Combinationen dar, die jedoch einer ausdrücklichen Erörterung nicht bedürfen, weil sie sämmtlich darin ihre Lösung finden, daß einestheils mehrere unvollkommene Beweismittel im Fall ihrer Uebereinstimmung sich gegenseitig ergänzen, und möglicher Weise einen vollen Beweis oder Gegenbeweis erbringen,[7] und anderntheils ein unvollkommenes Beweismittel im Falle der Collision mit einem widerstreitenden Beweise dessen Kraft mindert, den vollen Beweis also zu bloßer Wahrscheinlichkeit herabdrückt, den unvollkommenen möglicher Weise ganz aufhebt.[7a]

Mit Rücksicht auf diese Betrachtungen nun wird sich unbedenklich behaupten lassen, daß der Beweispflichtige in die gefährlichste Lage versetzt wäre, wenn er auf die genannten Beweismittel

---

zulassen, wenn er durch öffentliche Urkunden geführt werde, oder sich auf eine Unvollständigkeit richte. Allein weder für die Annahme, daß Notariatsinstrumenten und überhaupt öffentlichen Urkunden gegenüber der Regel nach der Gegenbeweis ausgeschlossen sei, noch für die Unterscheidung zwischen dem Beweise des Gegentheils und dem einer Unvollständigkeit lassen sich genügende innere (vgl. §. 36 Note 88, 89) oder äußere Gründe beibringen. S. im Allg. Strippelmann: Neue Sammlung VI. S. 499 fg. — Nur auf dispositive Urkunden ist selbstverständlich der Gegenbeweis unanwendbar.

6) Cf. l. 13 D. de prob. (22, 3), l. 21 §. 3 D. de test. (22, 5), nov. 73 c. 3, c. 9 X. de prob. (2, 19), c. 32 X. de test. (2, 20). Unter Bezugnahme auf diese Stellen ist zwar mitunter behauptet worden, es sei im Falle der Collision von Zeugenaussagen immer für diejenige Partei zu erkennen, für welche die größere Zahl oder Wahrscheinlichkeit der Aussagen spreche, so daß, nachdem diese Abwägung vollzogen, der entgegenstehende Beweis nicht weiter berücksichtigt werde. Jedoch entspricht dies wohl jedenfalls nicht der heutigen formalen Beurtheilung des Beweises. Vgl. über die Collision der Beweismittel überhaupt J. H. Boehmer: De collisione probationum, Hal. 1707 (auch in den Exercit. ad Pandectas, tom. IV. abgedruckt), Kölle: Ueber die Collision der Beweismittel, Leipz. 1794, Bolgiano in der Zeitschr. für C. R. und Pr., N. F. VII. 9, VIII. 12, XIII. 11.

7) L. 3 §. 2 D. de test. (22, 5), l. 2, 4 C. eod. (4, 20), l. 5 C. de prob. (4, 19), c. 13 X. eod. (2, 19), c. 27 X. de test. (2, 20), c. 6 C. de renunc. (1, 9),, c. 14 X. de re jud. (2, 27), c. 1 X. de appell. (2, 28), c. 3 X. de succ. ab int. (3, 27). Im Mittelalter war man sonderbarer Weise wegen gl. Excusantur] ad l. 2 §. 9 D. de excus. nicht ohne Bedenken über die oben aufgestellte Regel, die aber doch zur Anerkennung gelangte. Vgl. Tancred. Ordo jud. III. 15 §. 3, Dur. Spec. II. 2 de fide instr. §. 7 nr. 5, Jo. Andr. ad Spec. II. 2 de prob. §. 3, Bartolus ad l. 31 D. de jurejur. nr. 48, Lanfr. de Oriano: Comm. ad l. 31 D. de jurejur. nr. 36, Jo. Petr. de Ferrariis: Prax. aur. IV. gl. 21 nr. 18, Gaill: Obs. I. 108 nr. 13, Mynsinger: Obs. V. 33.

7a) Als Bestätigung hierfür kann die Analogie der in den Noten 5a und 6 angeführten Stellen dienen.

beschränkt sein sollte. Stände dem Probanten keines jener Beweismittel zu Gebote, so wäre eine Beweisführung von vornherein unmöglich, und als mißlungen müßte die Beweisführung betrachtet werden, nicht bloß wenn die benutzten Beweismittel dem Richter gar keine, oder was gleichviel wäre, keine volle Ueberzeugung gäben, sondern auch wenn sie in Folge ihres Widerstreits sich gegenseitig aufhöben, oder einen nur unvollständigen Beweis erbrächten. In vielen Fällen kann allerdings durch die Zuziehung von Zeugen und die Aufnahme von Urkunden für den nöthigen Beweis zum Voraus gesorgt werden. Indeß abgesehen davon, daß diese Vorsorge gar nicht bei allen rechtserzeugenden Vorgängen möglich ist, würde sie, in weitester Ausdehnung angewandt, den Verkehr auf unerträgliche Weise beschränken und erschweren, und sich schließlich in Folge des Verlusts der beschafften Beweismittel doch häufig als illusorisch erweisen. Deshalb hat das gemeine Recht dem Mangel anderer Beweismittel durch Eide abzuhelfen gestattet,[8] welche der Richter unter näher normirten Voraussetzungen bald dem Probanten über die affirmative, bald dem Probaten über die negative Fassung des Beweissatzes mit der Wirkung auferlegt, daß im Falle der Ausschwörung die beschworene Thatsache als wahr, im Falle der Weigerung die zu beschwörende als unwahr angenommen wird.

I. Der Eid hat als Beweismittel mit den übrigen Beweismitteln das gemein, daß er eine Aussage über gemachte Wahrnehmungen ist, hat aber das Besondere, daß er die Aussage einer Partei über wahrgenommene vortheilhafte Thatsachen ist. Wenn er daher trotz der entgegenstehenden Behauptung der Gegenpartei die richterliche Ueberzeugung begründen soll, so wird seine Beweiskraft in der besonderen Schärfung des Gewissens zu suchen sein, welche die Anrufung der göttlichen Strafgerechtigkeit zu bewirken pflegt. Denn der Eid ist eine „affirmatio religiosa,“[9] d. h. eine Betheuerung, welche der Schwörende mit Beziehung auf die Heiligkeit Gottes („respectu divini numinis“)[10] ablegt, von der

8) L. 1 D. h. t. (12, 2): „Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae“. In der nov. 73 c. 4 wird daher der Eid „ἡ τελευταία τοῦ πράγματος καταφυγὴ“ genannt.

9) Cic. de off. III. 25.

10) L. 33 D. h. t.

Ueberzeugung ausgehend, daß ihm Gott, wenn er falsch schwöre, den Gegenstand entziehen werde, bei welchem er seine Betheuerung abgibt. Bei den durch die Gesetze regulirten Eiden, zu denen namentlich die gerichtlichen gehören, ist dieser Gegenstand das von den christlichen Völkern höher als alle anderen Güter geschätzte ewige Seelenheil, und die Beziehung auf dasselbe muß daher, wie verschieden im Uebrigen der Ausdruck sei, jedenfalls als wesentlich betrachtet werden.[11] Seit dem R. A. von 1555 §. 107, welcher die am R. K. Gericht von Katholiken und Protestanten zu schwörenden Eide auf ein gewisses Maaß zu stellen beabsichtigte, ist die gewöhnliche Formel: „So wahr mir Gott helfe und Sein heiliges Evangelium." Der allgemein gesetzlichen Form aber ist die zum Eide verpflichtete Partei, von besonderen Bestimmungen abgesehen, auch dann unterworfen, wenn sie den in Deutschland recipirten Kirchen nicht angehört, obschon in diesem Falle die Gegenpartei das Recht hat, die Anwendung desjenigen Rituals zu fordern, welches den Eid zu einem nach dem Bekenntniß des Schwörenden bindenden macht,[12] wie für die Juden ein solches schon in früher Zeit festgestellt worden ist.[13] Jedoch pflegt den Mennoniten und Gliedern anderer Secten, welche den Eid für unerlaubt halten, particularrechtlich die Versicherung bei Mannenwahrheit oder durch Handschlag an Eides Statt nachgelassen zu sein, da sie ohne dies besondere Privilegium in jedem einzelnen Falle von den Nachtheilen der Eidesweigerung betroffen werden würden.[14] Ueberall aber

---

11) C. 8, 10, 11 C. 22 qu. 1, c. 4, 26 X. h. t. Vgl. Walter: Kirchenrecht §. 347, Eichhorn: Grundsätze des Kirchenrechts II. 536 fg., Richter: Lehrbuch des K. R. (6. Aufl.) §. 288, Mejer: Lehrbuch des K. R. (3. Aufl.) §. 216. Rücksichtlich des R. R. vgl. l. 33 D. h. t., l. 2 C. eod., l. 41 C. de transact. (2, 4), nov. 8 in app., nov. 77 c. 1 §. 1. Daß für diejenigen Eide, deren Delation aus dem Gesichtspunct des Vergleichs zu betrachten ist, der Deferent den Gegenstand, bei welchem geschworen werden soll, abweichend von der gesetzlichen Regel bestimmen kann, hat nichts Auffallendes. Cf. l. 3 §. 4, l. 4, l. 5 pr., l. 13 §. 6, l. 33 D. h. t.

12) Eichhorn a. a. O. II. S. 547.

13) Cf. Du Cange: Gloss. lat. medii aevi. s. v. jurare (Sacramenta Judaeorum), Capit. de Judaeis a. 814 c. 4, Schw. Ldr. (ed. Gengler) c. 215, Kaiserr. IV. 24, Sächs. Weichb. (ed. Daniels und Gruben) art. 136, Gl. zu dieser Stelle und zum Sächs. Ldr. III. 7, K.G.O. von 1555 I. 86, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 98. Ein Formular des Judeneides aus der älteren Particulargesetzgebung theilt J. H. Boehmer: J. E. P. II. 20 §. 34 mit; über die neuere Gestaltung desselben vgl. die Anführungen bei Richter a. a. O. §. 288 Note 38.

14) S. über die Praxis des R. K. G. rücksichtlich der Mennoniten den R. Vis. Schluß vom 13. Oct. 1768 ad dub. cam. 1 bei Balemann: Sammlung der Vis. Schlüsse, die Verbesserung des kaiserlichen R. K. gerichtl. Justizwesens

setzt der Eid bei dem Schwörenden das Bewußtsein von seiner Bedeutung voraus (judicium in jurante),[15] und deshalb soll er nicht von Wahnsinnigen, impuberes[16] und Betrunkenen geleistet werden,[17] nach C. R. sogar nur im Zustand gänzlicher Nüchternheit („jejunus faciat“),[18] und nach heutigem Gebrauche wenigstens am Vormittage. Ebenso sind die Meineidigen vom Eide ausgeschlossen,[19] was so viel sagen will, daß der Richter, wo er der einen oder anderen Partei je nach seinem amtlichen Ermessen den Eid aufzuerlegen hat, die meineidige Partei übergeht, und in den übrigen, sein Ermessen ausschließenden Fällen für die Ausschwörung des einem Meineidigen auferlegten Eides auf Ansuchen des Gegners einen curator ad hoc bestellt[19a] Auch hat der Richter das Recht und die Pflicht, den Eidespflichtigen, wo es ihm nöthig scheint, entweder persönlich oder durch einen Geistlichen (den Beichtvater oder zuständigen Seelsorger desselben), über die Heiligkeit des

---

betr. Lemgo 1779 S. 86, — und über die Particulargesetzgebungen: Richter a. a. O. §. 288 Note 40.

15) C. 2 C. 22 qu. 2, c. 26 X. h. t.

16) L. 26 pr. [„— quamvis pupillus non videatur pejerare, quia sciens fallere non videatur“], l. 34 §. 2 D. h. t., l. 4 pr. D. de in litem jur. (12, 3) [„— Et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest (sc. jurare); hoc enim saepissime rescriptum est“]. Ebenso das C. R., aus dem sich übrigens, wie häufig nach der Ueberschrift des c. 15 C. 22 qu. 5 angenommen wird, nicht ableiten läßt, daß auch puellae erst mit dem 14. und nicht schon mit dem 12. Jahr eidesmündig werden. Cf. c. 14—16 C. 22 qu. 5. Den einem Pupillen zugeschobenen und von ihm ausgeschworenen Eid sah zwar das R. R. als vollkommen wirksam an — l. 26 pr. [„omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum, qui contentus eo, quum deferret, fuit“], l. 42 pr. D. h. t. —, nach C. R. aber muß man annehmen, daß in diesem Falle der Richter den Unmündigen nicht zum Eide zulassen dürfe. Vgl. Eichhorn a. a. O. II. S. 533.

17) Arg. c. 8 pr. C. 22 qu. 4.

18) Cf. c. 16 C. 22 qu. 5.

19) Cf. c. 14 C. 22 qu. 5.

19a) Es handelt sich hierbei vorzugsweise um die Delation des Eides an einen Meineidigen. Diese sehen Manche als unstatthaft an — Malblanc l. c. §. 42, Glück: Commentar XII. S. 275, Gesterding: Ausbeute II. S. 424 fg., Martin: Lehrbuch §. 224 Note r, Strippelmann a. a. O. II. §. 45 (anders I. S. 138) —, Andere lassen dieselbe zu, und zwar bald mit der Wirkung, daß der Meineidige den ihm zugeschobenen Eid soll annehmen und ausschwören dürfen,— Leyser: Medit. 136 m. 6, Schneider: Vollst. Lehre vom rechtl. Beweise §. 365, Reinhardt: Handbuch II. §. 226 Note 4, Eichhorn a. a. O. II. S. 535 —, bald so, daß er für verpflichtet gehalten wird, den Eid zu referiren oder sein Gewissen durch Beweis zu vertreten — Bayer: Vorträge S. 881, Langenbeck: Die Beweisführung S. 761 —. Und weil der Delat berechtigt ist, den ihm zugeschobenen Eid zu referiren, wollen einige Juristen dem Meineidigen auch die Eidesdelation nicht gestatten. Eine jede dieser Ansichten hat ihre Inconvenienzen, welche vermieden werden durch das im Text vorgeschlagene Verfahren. Für dieses bietet eine Analogie das Erk. des O. A. G. zu Cassel bei Strippelmann a. a. O. I. S. 295.

Eides zu belehren und damit eine Verwarnung vor dem Meineide (avisatio s. admonitio de vitando perjurio) zu verbinden.[20] Die Ausschwörung selbst geschieht dann so,[21] daß der Schwörende den zuvor schriftlich entworfenen Inhalt des Eides (die Eidesformel) dem Richter Wort für Wort nachspricht (daher gelehrter oder gestabter Eid),[22] woneben nach R. R. die Berührung des Evangelienbuchs,[23] im Mittelalter gewöhnlicher die Berührung von Reliquien[24] (daher körperlicher Eid) erfordert wurde, heut zu Tage aber bei Männern das Emporhalten der drei vordern Finger der rechten Hand (s. g. Schwörfinger),[25] und bei Frauen[26] (und Bischöffen[27]) das Auflegen der rechten Hand auf die linke Brust üblich ist. Jedoch kann der Gegner auf diese Formen auch verzichten. Ohnehin muß bei Tauben und Stummen die Unterzeichnung der Eidesformel als ausreichend gelten,[28] und ein Gleiches ist bei den Landesherren der Fall, welche in den Reichsgerichten das viel weiter gehende und außerdem nur bei den Calumnieneiden vorkommende[29] Recht hatten, durch einen Specialbevollmächtigten

---

20) Vgl. Stryk: U. M. XII. 2 §. 12, Bülow und Hagemann: Pract. Erört. II. 15, Eichhorn II. S. 545, Richter §. 288 Note 28, Bayer: Vorträge S. 977, Strippelmann a. a. O. I. S. 280 fg.

21) Regelmäßig am Gerichtsort, ausnahmsweise in der Wohnung des Schwörenden, nämlich wegen Krankheit, hohen Alters, und zu Gunsten hochgestellter Personen („personae egregiae") — l. 15 D. h. t., l. 12 §. 5 C. eod., nov. 124 c. 1 —. Von der Eidesabnahme durch einen requirirten Richter handeln l. 12 §. 3 C. eod., nov. 124 c. 1. Vgl. auch l. 2 §. 3, 5 C. de jurejur. pr. cal. (2, 59).

22) Grimm: Deutsche Rechtsalterthümer S. 902.

23) L. 14 §. 1 C. de jud. (3, 1), l. 12 §. 5 C. h. t., l. 7 §. 5 C. de cur. fur. (5, 70), nov. 8 in app., nov. 123 c. 7, nov. 124 c. 1. Vgl. auch c. 4 X. h. t., c. 7 X. de jur. cal. (2, 7), c. 1 §. 3 Clem. de haeret. (5, 3) und bulla aurea II. 2.

24) Cf. Du Cange s. v. jurare (in sanctis), Haltaus: Gloss. germ. s. v. Heilige, Grimm a. a. O. S. 896.

25) Dies scheint auf germanischer Sitte zu beruhen. Cf. Gundling: Gundlingiana IV. 2, Haltaus s. v. Finger, Grimm S. 902 a. E., S. 903.

26) Lex Alam. 56, 2 und über die spätere Zeit die Nachweisungen bei Grimm S. 897.

27) Nach R. und C. R. sollten die Bischöffe „propositis, non tactis evangeliis" schwören — nov. 123 c. 7, c. 7 X. de jur. cal. (2, 7) —, und hieran schließt sich später die oben erwähnte Sitte an — bulla aur. II. 2, conc. Mediol. a. 1582 (bei Harduin: Concil. coll. X. 14) —. Vgl. Malblanc l. c. §. 93 i. f.

28) Glück: Commentar XII. S. 196, Eichhorn II. S. 544 Note 14 und über die Part. Gesetze Richter §. 288 Note 30.

29) L. 13 §. 13 D. de damno inf. (39, 2), c. 1, 3, 4, 6, 7 X. de jur. cal. (2, 7), c. 3 in VI. eod. (2, 4), c. 38 in VI. de elect. (1, 6), c. 2 in VI. de test. (2, 10), const. Henrici III. de juramento calumniae a. 1047 (bei Pertz II. p. 41), K. G. O. von 1555 I. 74, 76, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 87, 88, 91, 92, 94, III. 38 i. f., J. R. A. §. 43.

schwören zu lassen.[30] Als abgeleistet aber ist ein angenommener Eid zu betrachten, wenn er vom Gegner erlassen wird,[31] und nach einer alten Praxis, wenn der Eidespflichtige vor der Ableistung verstirbt, ohne die Annahme widerrufen zu haben.[31a]

Als Beweismittel nun sind die Eide immer assertorische, d. h. sie enthalten ebenso wie die Zeugenaussagen ein Zeugniß über die Wahrheit einer Thatsache, und setzen voraus, daß dem Schwörenden die in Frage stehende Thatsache aus eigener Sinnenwahrnehmung oder als ein Vorgang seines eigenen Handelns oder Bewußtseins bekannt ist. Deshalb würde eine Partei über Thatsachen, die ihr an sich fremd sind, niemals zu schwören brauchen,[32] wenngleich wegen zufälliger Kenntniß derselben schwören dürfen, und somit dieses Beweismittel auf ein immerhin eng begrenztes Gebiet beschränkt sein, wenn seine aushelfende Bedeutung nicht anderweitig durch die Einführung des Glaubenseides (juramentum credulitatis) gesichert worden wäre.

Diese Eidesform, welche der durch eigene Wahrnehmung begründeten Wissenschaft des Schwörenden (juramentum veritatis) ein aus anderen Gründen geschöpftes Fürwahrhalten substituirt, ist insoweit schon dem R. R. bekannt, als dasselbe, um calumniöse Ansprüche und Behauptungen abzuwenden, Calumnieneide fordert, durch welche die schwörende Partei ihren Glauben an die Recht-

30) Sächs. Ldr. II. 42 §. 2, R. A. von 1521 VII. 10, K. G. O. von 1555 II. 10 §. 5, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 11 §. 8. Vgl. Du Cange s. v. jurare (vicariis manibus — in animam alterius), Rivinus: De juramento in alterius animam, Lips. 1725, Harpprecht: Staatsarchiv des R. K. G. I. §. 85, Malblanc l. c. §. 95, Renaud in der Zeitschr. für C. R. u. Pr., N. F. XVIII. 1 §. 2.

31) Pauli R. S. II. 1 §. 3, l. 6, 9 §. 1, l. 37 D. h. t., l. 1, 8 C. eod.

31a) Ueber die italienische Doctrin, welche von der Voraussetzung ausging: „Nemo moriens immemor censetur aeternae salutis", vgl. Gaill: Obs. II. 43, Mynsinger: Obs. I. 13 (wo sich auch eine entsprechende Entscheidung des R. K. Gerichts findet), Mevius: Decis. VI. 374, Stryk: U. M. XII. 2 §. 42, Cocceji: Jus civile controv. XII. 2 §. 40, und über die Ansichten der späteren deutschen Juristen Malblanc l. c. §. 57, Lindelof im Archiv für civ. Pr. IV. 29 §. 2, 3. Die von diesen Schriftstellern der obigen Regel beigefügten Beschränkungen (Rechtschaffenheit des Verstorbenen und eine durch den Gegner verschuldete Verzögerung der Eidesleistung) scheinen das von der gemeinrechtlichen Praxis anerkannte Princip durch ihre Dehnbarkeit zu durchbrechen, und verdienen keinen Beifall. Vgl. überhaupt Zimmermann a. a. O. S. 381.

32) Pauli R. S. II. 1 §. 4, l. 34 pr. D. h. t. (12, 2), l. 4 pr. D. de in litem jur. (12, 3) [„— grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores sub alieni compendii emolumento etiam perjurium anceps subire"], l. 11 §. 2, l. 12, 13 D. de act. rer. amot. (25, 2). Vgl. dazu Zimmermann a. a. O. §. 5, 6.

mäßigkeit und Wahrheit der von ihr gemachten Aufstellungen zu betheuern hat.[33] Als Beweismittel gelten ihm diese Eide aber nicht, obwohl es sie ausnahmsweise (§. 29) als Beweissurrogate zu verwenden gestattet. Wogegen es bei sonstigen Eiden, insbesondere bei den in jure zugeschobenen, welche über das Klagrecht im Ganzen,[34] oder auch über fremde factische Zustände[35] geschworen werden, zwar von einem freieren Begriffe des Wissens ausgeht, und keineswegs gerade sinnliche Erfahrung voraussetzt,[36] die Eidesformel jedoch nicht auf das bloße Glauben stellt. Eben so wenig aber wie dem R. R.[37] ist der Glaubenseid in der Eigenschaft eines Beweismittels der italienischen Jurisprudenz bekannt,[38] welche gerade den römischen Calumnieneid in den eben hervorgehobenen

---

33) L. 2 pr. [„existimando bonam causam habere“, „putans se bona instantia uti“], §. 2 [„quod quisque credit et existimat“] C. de jurejur. pr. cal. (2, 59). Vgl. auch l. 13 §. 13 D. de damno inf. (39, 2), Not. O. von 1512 tit. 3 §. 2—4, K. G. O. von 1555 I. 65, 69—73, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 87, 89, 90, J. R. A. §. 49.

34) S. §. 27 Note 15.

35) L. 34 pr. D. h. t. [„Stichum decessisse“], l. 3 §. 3 D. eod., l. 10 D. de edicto Carb. (37, 10) [„an praegnans sit mulier“].

36) Ueber die römische Auffassung des Wissens vgl. Zimmermann a. a. O. (Note *) §. 3, 4.

37) Die Stellen, auf welche sich Gensler im Arch. für civ. Pr. II. S. 10 fg., S. 33 fg. beruft, um den Glaubenseid als ein Institut des R. R. darzustellen, haben zum Theil bereits in den vorigen Noten ihre rechte Beziehung erhalten. Außerdem sind l. 4 pr. D. de in lit. jur. (12, 3) und l. 12 pr. C. h. t. (4, 1) in Bezug genommen worden. Allein jene Stelle sagt gar nicht, daß der Vormund, welcher das Interesse des Mündels durch ein juramentum in litem feststellt, nicht seine eigene Wissenschaft zu beschwören habe, und diese deutet mit den Worten „quum multum discrepat hereditarium juramentum a principali sacramento“ zwar an, daß der Erbe in Sachen des Erblassers schwören könne, redet aber weder von einem auf die Ableistung eines solchen Eides gerichteten Zwange — cf. l. 11 §. 2 D. de act. rer. amot. (25, 2), Pauli R. S. II. 1 §. 4 —, noch von seiner abweichenden Formulirung. Vgl. Zimmermann a. a. O. S. 20 fg.

38) Auch die italienischen Juristen sehen es nicht als ausgemacht an, daß ein Wahrheitseid nur unter Voraussetzung eigener Sinnenwahrnehmung ausgeschworen werden könne. So sagt die gl. decidi oportet] ad l. 3 C. h. t.: „Sed quid, si non interfuit facto, sed dicat, scio veritatem per famam? nec nunc ei deferat, ut d. l. 2 C. de ind. viduit., licet quidam contra“ (vgl. mit gl. certioretur] ad l. 34 pr. D. h. t.). Vgl. auch Henr. Host. Summa aur. in tit. de jur. cal. nr. 5 mit tit. de assertorio juramento nr. 8 i. f., Innoc. ad c. 7 X. de jur. cal. (in Beziehung auf das juramentum de veritate dicenda), Jo. Andreae ad idem c. Mit Berufung auf die beiden Letzteren sagt denn auch Bart. ad l. 13 §. 13 D. de damno inf. nr. 18: „Quando autem quis jurat de veritate, non intelligitur de veritate, quae sensu percipitur, sed de vehementi opinione, quia scire dicimur quod vehementer opinamur, — licet aliud sit in teste“. Aehnlich Bald. ad l. 3 C. h. t. nr. 35, Felinus Sandeus ad c. 1 X. de summa trinit. nr. 1, 2 und dazu Zimmermann S. 202 fg.

Anwendungen als juramentum credulitatis bezeichnet,[39] vielmehr hat er seinen Ursprung im deutschen Rechtsleben.

Gleichsam vorbildlich war er bereits in ältester Zeit dem Beweissystem des deutschen Rechts im Eide der Consacramentalen eingefügt. Denn die Consacramentalen beschworen nicht sowohl die Thatsache, auf welche sich der Eid der Hauptpartei richtete, als ihren Glauben, daß die Hauptpartei eines Meineids nicht fähig sei.[40] Dann finden wir ihn frühzeitig hier und da in Oberitalien.[41] Seine heutige Gestalt und Anwendung aber geht von einer Bestimmung der Rechtsbücher aus. Danach soll bei Klagen um Schuld, welche gegen den Erben angestellt werden, der gewöhnliche Reinigungseid nicht Statt finden, vielmehr dem Kläger freistehen, den Verklagten entweder durch Eideshelfer zu überführen, oder ihn um seine Wissenschaft zu schuldigen, d. h. ihn darüber schwören zu lassen, daß er um die Schuld nicht wißlich sei.[42] Dieser Eid über das Nichtwissen bedeutet von Anfang an Mehr, als die bloße Versicherung des Verklagten, daß er die in Frage stehende Thatsache nicht mit seinen Sinnen wahrgenommen habe; er negirt auch jede sonstige sichere Kunde, aus Mittheilungen Anderer, aus Urkunden u. s. w., und ist also der Sache nach schon ein negativer Glaubenseid („glaube nicht, daß", im Gegensatz zu „glaube, daß

---

39) Cf. gl. quoties] ad l. 14 D. h. t., gl. certioretur] ad l. 34 pr. D. eod., gl. dabo] ad l. 13 §. 13 D. de damno inf., gl. credens] ad nov. 72 c. 3, Bart. ad l. 34 pr. D. h. t. nr. 2, ad l. 38 D. eod. nr. 4, ad l. 11 §. 2 D. rer. amot. nr. 2, Bald. ad l. 38 D. h. t. nr. 3, ad l. 3 C. h. t. nr. 5, 34, 35, ad l. 12 pr. C. h. t. nr. 2, 4, Jason ad §. 11 I. de act. nr. 84. Vgl. nunmehr die gründliche Untersuchung bei Zimmermann a. a. O. §. 24—29.

40) Dies geht klar hervor aus c. 17 C. 2 qu. 5, c. 5, 9, 13, 16 X. de purg. can. (5, 34) und Bernardus in gl. credunt] ad c. 5 X. cit.: „Sic infra eod. c. ult. in f. et s. de test. quoties. alias enim subirent anceps perjurium, si praecise jurarent de alieno facto, ff. de in lit. jur. videamus (4), ff. rer. amot. l. Marcellus §. qui rerum (l. 11 §. 2)", — gl. singulares] ad c. 23 X. de elect. Ueber die in den weltlichen Gerichten üblichen Formeln vgl. Homeyer: Das Gerichtswesen nach dem Richtsteig (Anh. zur Ausg. des Richtsteig) S. 467 fg., Zimmermann a. a. O. §. 20.

41) F. II. 58 i. f., stat. Venetiae (a. 1242) I. c. 48 [„— si heredi vel commissario datur sacramentum, — ipsi jurabunt secundum suam conscientiam"], decretalia Comitatus Papiensis a. 1386 (nach Zimmermann S. 277 Note 3).

42) Vgl. Sächs. Ldr. I. 6 §. 2, 3 (mit II. 22 §. 5), Richtst. Ldr. (ed. Homeyer) c. 10 §. 1, 2, Magdeb. Fragen (ed. Behrend) II. 3 d. 3, Samml. von Sch. Urth. (bei Wasserschleben: Samml. deutscher Rechtsquellen I. S. 253) IV. c. 114, das alte Kulmische Recht (ed. Leman) III. 66, Goslar'sche Statuten ed. Göschen S. 7, — Deutsch. Sp. art. 10, Schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 8 §. 2, Rechtsb. Rupr. v. Freysing (ed. Maurer) I. 8.

nicht").[42a] Daß dem wirklich so sei, tritt mit Bestimmtheit in etwas späterer Zeit hervor, als man angefangen hatte, den Begriff des Wissens auf die objectiv allein sichere sinnliche Wahrnehmung zu beschränken.[42b] Denn nunmehr werden diesem Eide Fassungen gegeben, welche auf die Möglichkeit anderweitiger Ueberzeugungsgründe ausdrücklich Bezug nehmen. In Süddeutschland reden Eidesformeln des 15. Jahrhunderts von „nicht anders gehört haben", von „nicht anders wissen", von „nicht glauben und nicht wissen",[43] und süddeutsche Juristen des 16. Jahrhunderts sprechen geradezu aus, daß über fremde Thatsachen „der Eid des Glaubens, so man nennt juramentum credulitatis, als ob Jemand ein Ding glaub oder nicht glaub, wohl geschehen" möge.[44] Jedoch trat in diesem Theile Deutschlands vom Boden des R. R. aus dem Glaubenseide sofort eine bedeutende Opposition entgegen, welche seine Anwendung auf ein enges Gebiet zu beschränken suchte,[45] während er in Sachsen, wo man den alten Reinigungseid, obwohl modificirt, auch nach der Reception des R. R. festhielt, zu unbedingter und weitester Geltung gelangte. Hier war es die romanisirende Glosse zum Sachsenspiegel, welche den Nichtwissenseid in einen wahren Glaubenseid umbildete. Ihr begegnete in dem sächs. Land. III. 11 die Vorschrift, daß wenn der Verklagte versterbe, nachdem er bereits für den ihm obliegenden Reinigungseid Bürgen gesetzt, dann der Eid zu gelobeter Zeit durch den Erben oder Bürgen geleistet werden müsse, und da sie dies mit dem R. R. nicht in Einklang zu bringen vermochte, so nahm sie an, es dürfe „der Erb noch der Bürg nicht schweren, anders denn daß er des gantzen Glauben habe, das der Todte jenem Nichts schuldig gewest war,

---

42a) Vgl. Renaud a. a. O. XLIII. S. 157, Zimmermann a. a. O. §. 40, besonders S. 313 Note 17, S. 321 Note 6a.

42b) S. Zimmermann a. a. O. S. 318.

43) S. die Rechtsfälle von 1416 und 1438 bei Thomas: Der Oberhof zu Frankfurt a. M. S. 476 und 329, und die Art. 38 und 39 der aus dem 15. sec. stammenden Frankf. Schöffengerichts-Ordnung, das. S. 280. Vgl. auch Stadtr. von München (ed. Auer) Anh. VII. Nr. 5 S. 271, Nürnberger Reform. von 1484 VI. 18, und dazu Zimmermann a. a. O. S. 345 fg.

44) Vgl. Ulr. Tengler: Layenspiegel, II. tit. Von Beweisung mit Eyden, Andr. Perneder: Gerichtl. Proceß, V. tit. Von Juramenten und Ayden, die zu Erstattung geleister Kundschaft gethan werden, Abr. Sawr: Formular-Jurament- und Eidt-Buch, tit. Von Juramenten und Eidten, die zur Erstattung geleister Kundtschaft gethan werden. Auch läßt sich Justin Gobler: Spiegel der Rechten, VII. tit. Wie streitige Sachen durch den Eidt aufgehoben und hingelegt werden, hierher zählen.

45) S. die Nachweise bei Zimmermann a. a. O. S. 379 Note 17—23.

und der Erbe, das es im unwissentlich were". Sie statuirt also einen positiven Glaubenseid, der durch seine Fassung den Eid des Nichtwissens nothwendig absorbiren mußte, und sich demnächst wie in der Praxis, so auch in der Theorie des sächsischen Processes in umfassender Anwendung festsetzte. Da an die Stelle des deutschen Reinigungseides die Eideszuschiebung trat, so ließ man den zugeschobenen und den zurückgeschobenen Eid über alle facta aliena dem Glauben nach ausschwören, sofern der Deferent darauf angetragen, oder wie man dies ausdrückte, dem Delaten den Eid nicht ins Gewissen, sondern in Wissenschaft und Wohlbewußt, oder in Beides zugleich gestellt hatte;[46] ja die spätere sächsische Gesetzgebung legte hierauf nicht einmal weiter Gewicht, sondern überließ es dem Richter, die Eidesformel den Umständen entsprechend einzurichten.[47] Nicht minder wurde anerkannt, daß auch der nothwendige Eid über facta aliena dem Glauben nach ausgeschworen werden könne, obwohl es bei der gemeinrechtlichen Regel verblieb, daß für die Wahl zwischen dem suppletorium und purgatorium vorzugsweise die bessere Wissenschaft der einen oder anderen Partei maaßgebend sei.[48] Und hiermit war denn in allem Wesentlichen der Glaubenseid mit dem Wahrheitseide auf vollkommen gleiche Stufe getreten. Wie aber in so mancher anderen Lehre, so übte auch in dieser der sächsische Proceß eine bedeutende Rückwirkung auf die gemeinrechtliche Theorie aus, welche den Glaubenseid nach dem oben Bemerkten ohnehin bereits auf denselben Grundlagen zu construiren begonnen hatte, und so stark war dieser Einfluß einerseits, und das Bedürfniß der Praxis nach einem Ersatz des Wahrheitseides in Beziehung auf facta aliena anderer-

46) Vgl. Chil. König: Practica, Cap. 67, Conr. Mauser: Processus juris (ed. Witeb. 1569 4.) S. 133, Zobel in den Zusätzen zu der Ausgabe des Sachsensp. von 1561 ad III. 11, Schneidewin ad §. 11 I. de act. nr. 89, Wesenbeck: Cons. I. 3 nr. 50, 13 nr. 30 sequ., Jacob Schultes in der Ausgabe von G. von Rotschitz: Processus juris I. 11 nr. 7, Colerus: Decis. Germ. I. 116 nr. 5 sequ., Hartm. Pistoris: Obs. sing. 184 nr. 2, Berlich: Concl. practicab. I. 55, Carpzov: Definit. I. 12 d. 40, Proc. juris XI. 1 nr. 153 sequ. In einer speciellen Frage ist denn auch die formell gleiche Behandlung des Wahrheits- und des Glaubenseides anerkannt worden durch die Constitutionen des Kurfürsten August vom 21. Aug. 1572 I. 24. Vgl. übrigens Zimmermann a. a. O. §. 42, wo sich weitere Nachweisungen über die dem sächsischen Recht angehörigen Gesetzgebungen finden.

47) S. Zimmermann a. a. O. S. 331.

48) Cf. Colerus: Decis. I. 116 nr. 5 sequ., Carpzov: Definit. I. 23 d. 8, 24 d. 5, Brunnemann ad l. 11 D. de act. rer. amot., Lyncker: Consultat. 122 nr. 13, 14, so wie 182 nr. 4, und dazu Renaud a. a. O. (Note *) XLIII. S. 167 fg.

seits, daß mannichfachen Widerspruchs ungeachtet bis gegen Ende des 17. Jahrhunderts die sächsische Doctrin zu ziemlich allgemeiner Geltung gelangte.[49] Seitdem also macht es (wo nicht particularrechtliche Normen entgegenstehen) für die Schwurpflicht keinen Unterschied, ob eigene oder ob fremde Thatsachen zu beschwören sind; nur hat der Richter von Amtswegen darauf zu achten, daß keine Partei gezwungen werde, über fremde Thatsachen einen Wahrheitseid zu schwören.

In einem Puncte jedoch sind Theorie und Praxis in Unklarheit und Schwanken geblieben.[50] Zwar hat man daran, daß der Probant den Glaubenseid über fremde Thatsachen in positiver Fassung („glaube, daß") schwören müsse, keinen ernstlichen Anstand genommen.[51] Und auch das darf als feststehend gelten, daß der Probat, wenn den Umständen nach seine völlige Unkenntniß der betreffenden Verhältnisse glaublich erscheint, nichts weiter zu beschwören braucht, als daß er über dieselben trotz sorgfältiger Nachforschung Nichts habe in Erfahrung bringen können — was ein juramentum ignorantiae ist.[52] Streit aber besteht darüber, ob der Probat auch abgesehen von solchen besonderen Umständen, also überall mit einem juramentum ignorantiae abkomme, oder ob er in der Regel einen Glaubenseid, und dies als richtig unterstellt, ob er den Glaubenseid in negativer („glaube nicht, daß"), oder ob er ihn in positiver Fassung („glaube, daß nicht") zu leisten habe. Für das juramentum ignorantiae nun werden nur solche allgemeine Gründe angeführt, welche gegen den Glaubenseid überhaupt gehen, wie namentlich, daß dieser Eid für den Gewissenhaften eine Beschwerung, für den Leichtfertigen eine Versuchung

---

49) Belege für diese Praxis s. bei Strippelmann a. a. O. II. S. 73 Note 42, Renaud a. a. O. XLIII. S. 169 fg., und Nachweisungen über die Particulargesetzgebung, so wie über die Anwendung der Glaubensform auf die nothwendigen Eide bei Zimmermann a. a. O. S. 361 Note 20, S. 382 Note 24, 25.

50) Eine genauere theoretische Erörterung dieses Puncts hat zuerst Lauterbach durch zwei unter seiner Anleitung geschriebene Dissertationen, Steininger: Diss. de relatione jurisjurandi, Tub. 1674 und Moegling: Diss. de juramento credulitatis, Tub. 1676 angebahnt.

51) Vgl. Bickell in der Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen II. S. 254, Zimmermann a. a. O. S. 446.

52) Cf. Steininger l. c. §. 80, Moegling l. c. II. §. 37, 38, Bickell a. a. O. II. S. 252, 254, Strippelmann a. a. O. II. §. 11, Zimmermann a. a. O. S. 356 (wo sich weitere Nachweisungen finden), S. 451, 452. Etwas abweichend Renaud a. a. O. XLIII. S. 184, welcher den Ignoranzeid und den negativen Glaubenseid nicht sondert.

sei,[53] Gründe, die, wenn schon an sich von keinem Gewicht,[54] jedenfalls gegen die geschichtlichen Thatsachen nicht ausreichen, welche von dem juramentum ignorantiae in solcher Allgemeinheit Nichts wissen.[55] Andererseits hat man zwischen der negativen und positiven Fassung häufig gar nicht bestimmt geschieden, sondern beide als gleichbedeutend genommen.[56] Gleichbedeutend aber sind sie offenbar nicht. Abgesehen von der verschiedenen Art des Fürwahrhaltens, welches sie ausdrücken, ist der negativ concipirte Glaubenseid eben so wie das juramentum ignorantiae eigentlich nur eine eidliche Entschuldigung des Leugnens, und als solche nicht geeignet, zum Beweise zu dienen, wogegen der positiv concipirte gleich dem Wahrheitseide die Nichtexistenz der zu beweisenden Thatsache selbst versichert, und deshalb sehr wohl ein Beweismittel sein kann. Da nun der Glaubenseid zweifellos in dem Falle die Natur eines Beweismittels hat, wo er von der Praxis als „suppletorium" zur Ergänzung des Beweises verwandt wird, so fordert die Consequenz,[57] dem Glaubenseid des Probaten die gleiche Bedeutung beizulegen, und ihn gleichfalls positiv zu formuliren,[58] wofür denn auch die geschichtliche Thatsache spricht, daß schon die Glosse zum Sachsenspiegel und die ältern sächsischen Juristen dem Verklagten den Glaubenseid in positiver Fassung auferlegen.[59]

53) So, wenngleich in der Begründung nicht ganz übereinstimmend, Malblanc l. c. §. 44, Glück: Commentar XII. §. 797, Rühl in der Zeitschr. für C. R. und Pr. IV. 13, Savigny: System VII. S. 75, Mittermaier im Arch. für civ. Pr. XLII. S. 361.

54) Die gl. singulares] ad c. 23 X. de elect. theilt diese Bedenken nicht, wenn sie sagt: „Si autem unus juraret de facto alterius, subiret anceps perjurium, quod esse non debet, — nisi forte sic juraret, Ego juro, quod ille non fuit citatus, quod ego sciam". Vgl. auch Göschel a. a. O. (Note *) S. 20 Note.

55) Bloß auf den Ausdruck gesehen, könnte der Ignoranzeid aus dem Sachsenspiegel, oder wenigstens aus Carpzov: Definit. I. 12 d. 40, 24 d. 1 abgeleitet werden. Allein er ist dort gleichbedeutend mit dem negativ gefaßten Glaubenseide — s. Note 42a —; Spuren des heutigen Ignoranzeides — Note 52 — möchten sich kaum vor den in Note 50 citirten Lauterbach'schen Dissertationen finden.

56) In Sachsen beginnt die Vermengung beider Fassungen in der 2. Hälfte des 16. sec. Vgl. die Nachweisungen bei Renaud XLIII. S. 166 fg., Zimmermann S. 324.

57) Dies wird in abstracto auch von Zimmermann S. 423 zugegeben.

58) Dem Umstande, daß der Schwörende durch den Glaubenseid (der richtigen Ansicht nach überall) nicht seinen Glauben, sondern die in Frage stehende positive oder negative Thatsache beschwört, jedoch auf Grund seines Glaubens, entspricht die in Sachsen und in manchen andern Ländern übliche Formel „daß, wie er glaube und nicht anders wisse". Vgl. Rob. Schneider: Ueber die Förmelung des Glaubenseides, S. 9 fg.

59) Hiermit stimmt überein Schneider a. a. O. S. 4 fg., und mit einigen

Allerdings aber ist der Glaubenseid immer nur ein Nothbehelf, und deshalb müssen Procuratoren,[59a] obschon zu allen sonstigen Proceßhandlungen legitimirt, die ihnen zufallenden Eide (wie nach R. R.) durch den dominus ableisten lassen.[60] Wogegen gesetzliche Vertreter, insbesondere Vormünder, hierzu zwar niemals verpflichtet, wohl aber überall da berechtigt sind, wo es sich nicht um Angelegenheiten ihrer eigenen Verwaltung,[61] sondern um Thatsachen handelt, welche die von ihnen vertretene Person selbst angehen, sofern diese eidesfähig, also nicht wahnsinnig und nicht unmündig ist.[62] Eine derartige Verpflichtung läßt sich um deswillen nicht annehmen, weil sie der obligatorischen Verantwortlichkeit des Vertreters widerstreiten würde, auf die es insofern ankommt, als Niemand zur Eidesleistung zugelassen werden kann, dem nicht auch die Befugniß zusteht oder eingeräumt worden ist, die mit einem Vermögensnachtheil verbundene Verweigerung des Eides auszusprechen. Die gleiche Bewandtniß hat es, wenn mehrere gesetzliche Vertreter neben einander stehen. Führt einer von diesen einen Proceß, so muß er einen der übrigen, und zwar denjenigen zum Eide stellen dürfen, welcher bei der streitigen Thatsache mitgewirkt hat. Weshalb in Processen des Fiscus die proceßführende Behörde über die auf ihre eigene Administration bezüglichen Thatsachen selbst zu schwören hat, die in eine fremde Competenz fallenden durch den rücksichtlich ihrer competenten Beamten beschwören lassen kann.[62a] Und hiernach wird sich denn auch entscheiden, wie es sich mit der Eidesleistung verhalte, wenn eine juristische Person Proceßpartei ist.[63]

Modificationen Renaud a. a. O. XLIII. S. 184, 200, 204 fg., 209, wogegen Zimmermann a. a. O. §. 53—56 in Uebereinstimmung mit der Praxis des O. A. G. zu Lübeck zu dem geschichtlich kaum zu rechtfertigenden Resultate kommt, daß der Glaubenseid nur den guten Glauben des Schwörenden feststellen solle, und darum vom Probaten immer über das Nichtglauben zu leisten sei.

59a) Ueber das Folgende vgl. Renaud in der Zeitschr. für C. R. u. Pr., N. F. XVIII. 1, 12a.

60) L. 12 §. 4 C. h. t. (4, 1). Nicht entgegen l. 9 §. 6, l. 34 §. 3, l. 42 §. 2 D. h. t. (12, 2).

61) L. 5 C. h. t. (4, 1) [vgl. mit l. 69 §. 2 D. de leg. II. (31, 1), l. 20 C. de fideicomm. (6, 42)]. Vgl. auch l. 2 §. 2 C. de jurejur. pr. cal. (2, 59).

62) Diese Berechtigung darf aus l. 4 pr. D. de in lit. jur. (12, 3) vgl. mit l. 12 §. 4 C. h. t. (4, 1) gefolgert werden.

62a) Vgl. Pufendorf: Obs. I. 181, Claproth: Einleitung in den ord. Pr. II. §. 333, Strippelmann a. a. O. (Note *) II. S. 244 fg.

63) Mit dieser in neuerer Zeit viel besprochenen Frage beschäftigen sich Linde im Arch. für civ. Pr. X. 1, XIII. 10, in der Zeitschr. für C. R. und Pr.

Da juristische Personen weder Bewußtsein, noch Willen haben, so sind sie selbst nicht fähig, Processe zu führen[64] und Eide zu leisten,[65] sondern bedürfen in beiden Beziehungen der Vertretung ihrer Vorsteher und Beamten. Nicht selten aber werden ihre Angelegenheiten von der Gesammtheit ihrer Mitglieder, oder wie dies auch in der Staatsverwaltung vorkommt, von collegialisch organisirten Behörden besorgt, und der von diesen zu bestellende actor ist als gewöhnlicher Proceßprocurator zur Eidesleistung nicht legitimirt. Durch Majoritätsbeschluß aber kann in der Corporation oder dem Collegium zwar der künstliche Wille zur Annahme eines auferlegten Eides, nicht aber das zu dessen Ableistung erforderliche Bewußtsein von der Wahrheit der zu beschwörenden Thatsache und von der moralischen Pflicht der Wahrhaftigkeit hergestellt werden.[66] Dies Bewußtsein ist nur bei den einzelnen Mitgliedern denkbar, und wenn daher eine Eidesleistung von Seiten eines Collegium oder einer nicht mit besonderen Beamten versehenen Corporation überhaupt möglich sein soll, so drängen sie sich als die unvermeidlichen Vertreter auf. Und in der That beruht diese Art der Vertretung auf den besten inneren Gründen. Wo die Verwaltung des Corporationsvermögens der Gesammtheit der Corporationsglieder oder einem Collegium anvertraut ist, handelt es sich immer um eine Vertretung der Corporation, deren Glieder in ihrer Gesammtheit gewissermaßen auch ein Collegium bilden.[67] Dem Einzelnen aber ist in dieser Beziehung zweierlei zur Pflicht gemacht, einestheils in Verbindung mit den Uebrigen nach Stimmenmehrheit Beschlüsse zu fassen, und anderntheils sich vor der Abstimmung über die der Beschlußfassung zu Grunde

XV. 8, XVIII. 9, Savigny: System II. §. 92, VII. S. 40, Huß in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XV. 7, XVIII. 8, N. F. IX. 3, Deurer im Arch. für civ. Pr. XXV. 5 unter II., Arnold: Ueber Eidesleistung durch Stellvertreter in C. Pr., Erl. 1843, Röber im Arch. für civ. Pr. XXX. 2, Viereck: Betrachtungen über die Anwendung des Beweismittels der Eidesdelation und der richterlichen Urtheile auf juristische Personen nach positivem Recht und nach legislativen Rücksichten, Rostock und Schwerin 1848.

64) Vgl. §. 11. 2 und §. 12. 1.

65) Arg. l. 14 D. ad municip. (50, 1) [„Municipes intelliguntur scire, quod sciant hi, quibus summa reipublicae commissa est“], l. 97 D. de cond. et dem. (35, 1) [„Municipibus, si jurassent, legatum est. Haec conditio non est impossibilis. Paulus: quemadmodum ergo pareri potest (Vulg. add. conditioni)? Per eos itaque jurabunt, per quos municipii res geruntur“]. Andere Stellen werden in Note 73 angeführt werden.

66) Den richtigen Gesichtspunct vertreten Savigny a. a. O. II. S. 297, Viereck a. a. O. Cap. 1.

67) Vgl. Viereck a. a. O. S. 85.

liegenden Thatsachen gehörig zu informiren. Er hat also einen den Willen, und einen die Wahrnehmung betreffenden Auftrag, und es ist nicht zu verkennen, daß nur jener ein Zusammenwirken in Anspruch nimmt, welches in dem übereinstimmenden Willen der Mehrheit den einheitlichen Willen des Collegium zur Darstellung bringen soll, daß dieser dagegen auf eine Thätigkeit gerichtet ist, welche nothwendig und unter allen Umständen von dem Einzelnen als solchem ausgehen muß.[68] Demnach sind die einzelnen Mitglieder rücksichtlich der ihnen obliegenden Wahrnehmungen in gleicher Art selbständig, wie mehrere Vormünder bezüglich aller vormundschaftlicher Geschäfte, und wenn daher im Namen der Corporation eine eidliche Betheuerung gemachter Wahrnehmungen nothwendig wird, so ist an sich jeder von ihnen zu dieser Vertretung befähigt. Nur um der mit der Eidesweigerung verbundenen Nachtheile willen bedarf es einer von dem Collegium[69] in Form einer Wahl zu ertheilenden Autorisation. Diese Wahl ist eine freie, wenn die in Frage stehende Wahrnehmung von jedem Mitgliede gemacht sein muß, oder von keinem gemacht zu sein braucht, indem dort von jedem dem Wissen nach, hier von jedem dem Glauben nach geschworen werden kann, während, wenn sich dieselbe nur bei einigen unterstellen läßt, bei anderen nicht, die Wahl auf jene beschränkt bleibt.[70] Ob der Gewählte die Pflicht habe, der auf ihn gefallenen Wahl Folge zu geben, und mit welchen Mitteln er, eine solche Verpflichtung angenommen, zu deren Erfüllung anzuhalten sei, kümmert weder den Richter, noch den Gegner.[71] Wenn er sich aber zu dem Eide stellt, so hat er in demselben nicht das Bewußtsein seiner Wähler, sondern sein eigenes auszudrücken.[72] Hieraus folgt zugleich, daß eigentlich der Eid eines einzigen Mitgliedes genügen würde,[73] wie ja auch von mehreren Vormündern

68) S. auch §. 35 a. E., §. 36 I.

69) Daß das Collegium die Wahl habe, nicht der Richter und nicht die Gegenpartei ist die gewöhnliche Annahme, obwohl von sehr verschiedenen Voraussetzungen aus. Vgl. Mevius: Decis. III. 54, Pufendorf: Obs. II. 124, Struben: Rechtl. Bedenken V. 108, Glück: Commentar XII. S. 221 fg., Bülow und Hagemann: Pract. Erört. III. 21, Huß a. a. O. (Note 63), und dazu Viereck a. a. O. S. 124, der jedoch selbst S. 134 keine Entscheidung gibt, sondern Alles der Praxis überläßt.

70) Vgl. Viereck a. a. O. S. 138 fg. und die von diesem Citirten.

71) Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Viereck a. a. O. S. 141 fg.

72) Dies ergibt sich unmittelbar daraus, daß der Gewählte nicht Mandatar der Wähler, sondern ad hoc gesetzlicher Vertreter der Corporation ist. S. jedoch Note 77.

73) Nach l. 2 §. 5 C. de jurejur. pr. cal. (2, 59) soll der generelle Ca-

nur einer zu schwören braucht. Da jedoch die Praxis eine Mehrheit verlangt,[74] so werden zwei, aber auch nicht mehr erforderlich sein.[75] Diese müssen beide schwören; wird von einem der Eid verweigert, so unterliegt die von ihm vertretene Corporation den Nachtheilen der Contumacia.[76] Die Ansicht, daß die Schwörenden in die Seele der übrigen, welche für die Annahme des Eides gestimmt haben, und mit deren Specialvollmacht versehen zu schwören hätten,[77] oder daß vom Gegner die eidespflichtigen Mitglieder zu bezeichnen seien,[78] beruht auf der früher gangbaren Verwech-

lumnieneid, wenn eine Corporation Proceßpartei ist, „a plurima parte vel idonea universitatis" geschworen werden. Und da das C. R. bei dem Calumnieneide eine Stellvertretung (jurare in animam alterius) zuläßt — s. Note 30 —, so schreibt es sachgemäß in c. 2 in VI. de test. (2, 10) vor, daß in einem Proceß, welchen abbas et conventus oder prior et conventus führen, das den generellen Calumnieneid vertretende juramentum de veritate dicenda von dem Abt oder Prior „nomine suo et in animas conventuum eorundem, vel majoris et sanioris partis ipsorum" zu leisten sei. Vgl. auch c. 3, 5, 6 X. de jur. cal. (2, 7). Jene Stellen aber sind für die gerichtlichen Schiedseide um deswillen ohne Bedeutung, weil der Calumnieneid, von welchem dieselben handeln, gegen eine chicanöse Proceßführung sichern soll, und eben darum von denjenigen Mitgliedern der Corporation ausgeschworen werden muß, von welchen die Proceßführung beschlossen worden ist. Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit dem Landfrieden von 1521 tit. 7 §. 9 (aufgenommen in die K. G. O. von 1555 II. 10 §. 1), nach welchem, wenn eine Gemeinde verdächtig ist, einem Landfriedensbrecher Zuschub geleistet zu haben, der Reinigungseid von zwei Drittheilen der Communräthe, und unter diesen vorzugsweise von den besonders verdächtigen Personen ausgeschworen werden soll. Hier ist nicht die Commune als solche Delinquentin oder Proceßpartei, sondern die einzelnen Mitglieder, und darum läßt sich von dieser Vorschrift gleichfalls keine allgemeine Anwendung machen. Vgl. Viereck a. a. O. S. 30 fg.

74) Vgl. z. B. Pufendorf: Obs. II. 124, Bülow und Hagemann: Pract. Erört. III. 21, Glück: Commentar XII. S. 221, Linde im Arch. für civ. Pr. X. S. 18, Huß in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XV. S. 153, Savigny a. a. O. II. S. 297, Viereck a. a. O. S. 117, Strippelmann a. a. O. II. S. 250 a. E. Dennoch verlangt Arnold a. a. O. (Note 63) §. 26 nur einen Schwurmann.

75) Daß dies auch die Meinung der Praxis sei, wird selbst von Solchen zugegeben, welche im Princip alle Mitglieder für schwurpflichtig halten, z. B. von Linde im Arch. für civ. Pr. X. S. 22. S. auch Viereck a. a. O. S. 118.

76) Hiermit stimmt überein Linde im Arch. für civ. Pr. X. S. 48, 50. Dagegen will Arnold a. a. O. §. 109 es als genügend ansehen, wenn nur Einer schwört, und Viereck a. a. O. S. 159 dieselben Grundsätze in Anwendung bringen, welche bei der Collision von Zeugen gelten.

77) So Bülow und Hagemann a. a. O. III. 21, Glück: Commentar XII. S. 224, Erk. des O. A. G. zu Celle bei Seuffert: Archiv VI. 84, Erk. des O. A. G. zu Jena, ebendas. IV. 179. Dagegen spricht schon der Umstand, daß Schiedseide, von dem in Note 30 hervorgehobenen Falle abgesehen, durch Stellvertreter nicht geleistet werden können.

78) Dies ist die Meinung von Leyser: Medit. III. 143 m. 4, 5, Berger: Suppl. ad el. disc. for. I. p. 221, Schaumburg: Princ. prax. jur. jud. I. 1 m. 3 c. 5 §. 21, Klein: Merkw. Rechtssprüche der Hallischen J. F. II. S. 55. Linde im Arch. für civ. Pr. X. S. 23—32, Deurer ebendas. XXV. S. 208 fg. S. dagegen Note 69.

selung der Persönlichkeit der Corporation mit deren Substrat, den einzelnen natürlichen Personen, an deren Einheit jene geknüpft ist.[79]

Nahe verwandt ist die Frage, wie der Cedent zu den dem Cessionar obliegenden Eiden stehe.[80] Da der Cessionar als procurator in rem suam sein eigenes Interesse verfolgt, so kann ihm nicht angesonnen werden, den Cedenten zum Eide zu stellen, wie er es thun müßte, wenn er ein gewöhnlicher Proceßprocurator wäre; weil er aber immerhin Procurator ist, so wird er nach Analogie dessen, was vom Vormund gilt, den Cedenten über diejenigen Thatsachen schwören lassen dürfen, von denen dieser aus eigener Wahrnehmung Kunde hat.[81] Das Gleiche muß Anwendung finden, wenn für den Verklagten ein procurator in rem suam aufgetreten ist. Und sollte daher der Intervenient von der klagenden oder verklagten Hauptpartei zum procurator in rem suam bestellt worden sein, so kann auch er nur als berechtigt, nicht als verpflichtet gelten, sich bei der Eidesleistung des Beistandes der Hauptpartei zu bedienen. Hieraus aber ergibt sich, daß die Bestellung des Intervenienten zum procurator in rem suam jedenfalls ein sicheres, und wenigstens dann auch das angemessenste Mittel zur vollständigen Verwerthung seiner etwaigen besseren Sachkenntniß bietet, wenn er ohnehin das überwiegende Interesse am Ausgang des Processes hat, wie z. B. wenn er regreßpflichtig ist. Indeß nothwendig ist diese Form nicht. Da der Intervenient nach der heutigen Praxis in Folge der Intervention Gelegenheit zur vollständigen Rechtsvertheidigung erhält, so muß er auch die nothwendig werdenden Eide von sich aus zu schwören befugt sein,[82] sofern er durch die Zustimmung der Hauptpartei in den Stand gesetzt wird, sich zwischen der Eidesleistung und Eidesweigerung

---

79) Dieser weit verbreitete Irrthum ist in neuerer Zeit besonders von Linde und Huß a. a. O. (Note 63) ausgebildet worden.

80) Die auf diese Frage bezügliche Litteratur beschäftigt sich beinahe ausnahmslos mit der Delation des Eides an den Cedenten, wovon unten in Note 86 die Rede sein wird. Vgl. Leyser: Medit. III. 201 m. 5, Wernher: Obs. for. I. 338, Struben: Rechtl. Bed. IV. 34, Glück: Commentar XII. S. 278, XVI. S. 422, Mittermaier im Arch. für civ. Pr. III. S. 46, XXIII. 13, Gensler das. IV. S. 178 fg., Brauer das. XXIII. 12 §. 6, 7, Arnold a. a. O. (Note 63) §. 68—72, 88, 89, Viereck a. a. O. (Note 63) Cap. 3, Strippelmann a. a. O. (Note *) II. §. 48, 49.

81) Vgl. Claproth: Einleitung in den ord. Pr. II. §. 333, Strippelmann a. a. O. II. S. 211.

82) S. §. 7 Note 26, und Schmid: Handbuch II. §. 160 Note 13.

frei zu entscheiden. Denn ohne diese Zustimmung ist seiner Seits eine bindende Eidesweigerung nicht möglich. Nur eine Schranke ist hierbei zu beachten. Mit Rücksicht darauf nämlich, daß die processualischen Schiedseide, obwohl für den Schwörenden unter den Gesichtspunct der Rechtsvertheidigung fallend, doch zugleich den Character von Beweismitteln haben und zur Feststellung der Wahrheit dienen, ist ihre Ausschwörung dem Intervenienten zwar da zu gestatten, wo er selbst dem Wissen nach, die Hauptpartei bloß dem Glauben nach zu schwören vermag, nicht aber im umgekehrten Falle,[83] weil, wenn sich die besser unterrichtete Hauptpartei dem Wissenseide zu entziehen sucht, der Glaubenseid des Intervenienten offenbar kein großes Vertrauen verdient. Eher könnte die Zulassung des Intervenienten zum Eide gerechtfertigt erscheinen, wenn den Umständen nach beide Theile die in Frage stehende Thatsache kennen müßten, oder keiner von beiden sie zu kennen brauchte. Gleichwohl würde selbst unter solchen Umständen dem ausweichenden Verhalten der Hauptpartei gegenüber die Eidesbereitschaft des Intervenienten Verdacht erregen, es müßten denn für seine bessere Wissenschaft besondere Gründe vorliegen. Daß übrigens der Intervenient bereits vor dem Schwurtermine vor Gericht aufgetreten sei, ist nicht erforderlich; er kann in jedem Stadium interveniren, und es steht daher auch Nichts entgegen, daß er sich durch die Hauptpartei zur Ausschwörung des dieser auferlegten Eides bereit erklären läßt, oder was dasselbe ist, daß die Hauptpartei ihn zum Eide stellen zu wollen erklärt.[84] Der so oder anders ausgesprochenen Zustimmung aber bedarf der Intervenient, um zum Eide zugelassen zu werden, überhaupt nicht, wenn die Hauptpartei den ihr auferlegten oder nur angebotenen Eid ablehnt; er ist dann in der freien Ausübung seines Interventionsrechts nicht mehr gehindert, indem er nunmehr den fraglichen Eid ebensowohl leisten, als auch seinerseits ausschlagen kann, ohne dadurch die Hauptpartei zu benachtheiligen. Es kommt nur darauf an, daß er der ablehnenden Erklärung der Hauptpartei die eigene annehmende rechtzeitig substituirt, und daß ihm nach den obigen Gesichtspuncten ein Anspruch auf Zulassung zum Eide zusteht. In

83) Vgl. Viereck a. a. O. S. 50, Strippelmann a. a. O. II. S. 208 (beide bezüglich der Eidesdelation an den Dritten).

84) Hiervon gehen die Entsch. des O. A. Gerichts zu Cassel aus bei Strippelmann a. a. O. II. S. 211.

dieser Beziehung aber sind möglicher Weise seine Befugnisse unter den vorliegenden Umständen sogar ausgedehnter, als im Falle der Zustimmung der Hauptpartei. Vermöchte er zu zeigen, daß diese nicht ehrlich zu Werke gehe und seine eigenen Interessen gefährde, so wird ihm die Eidesleistung auch dann zu gestatten sein, wenn bei ihm die bessere Wissenschaft nicht unterstellt werden kann, weil der gegen sein Erbieten zum Eide sonst obwaltende Verdacht jetzt wegfällt.[85] Niemals aber ist es statthaft, daß dem Intervenienten, mag er bisher schon aufgetreten sein oder nicht, der Eid von vornherein zugeschoben werde,[86] ohne daß er zum procurator in rem suam bestellt worden ist.

Anwendbar ist der Eid als Beweismittel nur auf die Feststellung, nicht auf die rechtliche oder technische Beurtheilung streitiger Verhältnisse. Handelt es sich jedoch um Thatsachen, welche nur unter Voraussetzung gewisser technischer Kenntnisse haben wahrgenommen werden können, oder um ein durch die eigene Wahrnehmung vorübergegangener Thatsachen oder nicht mehr bestehender Zustände bedingtes technisches Urtheil, so muß in gleicher Art, wie der Beweis durch sachverständige Zeugen, auch der Eid, und zwar jedenfalls dem Glauben nach für zulässig erachtet werden.[87] Eine Bestätigung hierfür bietet das R. R., indem es den

85) Arg. l. 5 §. 3, 4 D. de app. (49, 1) und dazu §. 7 Note 21.

86) Nicht entgegen l. 1 §. 2 D. quar. rer. actio non datur (44, 5) [„Si petitor fundi jusjurandum detulerit adversario, ut si auctor ejus jurasset, suum fundum se tradidisse, ab ea controversia discessurus, exceptio possessori fundi dabitur"], welche Stelle der in der Praxis weit verbreiteten (s. Note 80) Ansicht von der Statthaftigkeit einer solchen Eidesdelation als Grundlage dient. Sie beweist zwar, daß die Parteien vereinbarungsmäßig die Schlichtung des Streites vom Eide des Auctor abhängig machen können, sie redet aber mit keinem Wort von der Verpflichtung der Gegenpartei, sich auf einen derartigen Eidesantrag einzulassen, und gerade um diese Verpflichtung handelt es sich. Vgl. Mittermaier und Brauer a. a. O. (Note 80), Viereck a. a. O. S. 39 fg., Renaud a. a. O. XVIII. 1 §. 5.

87) Vgl. Glück: Commentar XVII. S. 66 (nebst den daselbst Citirten), W. H. Puchta in der Zeitschr. für C. R. und Pr. III. 3 §. 11, Erk. des O. A. G. zu Celle bei Seuffert: Archiv I. 292, Erk. des O. A. G. zu Jena das. IV. 266, und besonders die von Strippelmann a. a. O. II. §. 35—37 mitgetheilten zahlreichen Entscheidungen des O. A. Gerichts in Cassel, welche von den obigen Grundsätzen bloß insofern abzuweichen scheinen, als sie den Glaubenseid in dieser Richtung für unanwendbar halten, und deshalb eine Eidespflicht dann nicht annehmen, wenn die erforderlichen technischen Kenntnisse der betreffenden Partei abgehen. Schlechthin gegen den Eid sind unter den vorliegenden Umständen das Erk. des O. A. G. zu München bei Seuffert: Archiv I. 141 und das Erk. des O. A. G. zu Kiel das. IX. 104. Es mag übrigens noch besonders hervorgehoben werden, daß für das im Text erwähnte Urtheil der Eid nur dann geeignet ist, wenn die das Urtheil bestimmenden factischen

Richter anweist, die der Condemnation zu Grunde zu legenden Schätzungen in Ermangelung anderer ausreichender Beweismittel auf den Eid des Klägers zu stellen.[88] Gerade für die eidlichen Schätzungen aber bedarf es noch einer besonderen Bemerkung. Bei ihnen steht selten die einfache Alternative in Frage, ob der Werth des zu schätzenden Objects über einen bestimmten Betrag hinausgehe oder nicht.[89] Ungleich häufiger handelt es sich um die Feststellung einer der verschiedenen zwischen einem Maximal- und einem Minimalbetrage liegenden Möglichkeiten, und da hier der Eid nicht über eine einzelne, sondern über eine von vielen Thatsachen angetragen oder auferlegt wird, so kann auch die Regel, daß im Falle der Ablehnung oder Versäumung des Eides die zu beschwörende Thatsache als unwahr gilt, nicht ohne Weiteres in Anwendung kommen. Soll der dieser Regel entsprechende Erfolg eintreten, so ist zum Voraus der Betrag zu bestimmen, welcher die dem Eidespflichtigen vortheilhafteren Möglichkeiten negirt.[90] Es muß, je nachdem die an einem höchsten oder die an einem niedrigsten Werthe interessirte Partei zum Eide gelangt, ein Minimum („50 oder wie viel mehr") oder ein Maximum („nicht 100 und wie viel weniger") angesetzt werden, auf welches für den Fall der Contumacia die Schätzungssumme beschränkt sein soll.[91]

Momente sich abgesondert nicht so genau feststellen lassen, daß sie eine sichere Grundlage für ein Gutachten wahrer Sachverständigen abzugeben vermögen, wie dies meist bei Schätzungen der Fall sein wird.

88) L. 5. §. 4, l. 6, 9 D. de in lit. jur. (12, 3), und dazu Schröter in der Zeitschr. für C. R. und Pr. VII. S. 383 fg. Die mora, von welcher in der ersten jener Stellen die Rede ist, bildet nicht die besondere Voraussetzung dieses Eides, sondern vielmehr den Grund, daß die Obligation trotz des Untergangs des geschuldeten Objects fortdauert. Wesentlich dagegen ist der Untergang des Schuldobjects („quia judex aestimare sine delatione jurisjurandi non potest rem, quae non exstat"); worauf auch das „Alias — non solet in litem jurari" der l. 6 D. cit. hindeutet. Eine besondere Bewandtniß hat es mit dem eigentlichen juramentum in litem. S. §. 28. 1.

89) So ist es z. B. bei der laesio enormis der l. 2 C. de resc. vend. (4, 44).

90) Arg. l. 32 C. de fideicomm. (6, 42) verb. „necesse habere heredem — si recusandum existimaverit sacramentum, aut certam partem vel quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan majorem fideicommissarius expetat, omnimodo exactioni fideicommissi subjacere".

91) Ein Eid der fraglichen Art war auch das auf dem sächs. Ldr. III. 47 §. 1, 51 §. 2 beruhende juramentum minorationis s. minutionis, welches nach der früheren sächsischen Praxis bei Klagen wegen Entziehung oder Vernichtung beweglicher Sachen in der Art in Anwendung kam, daß der Kläger gleich im Klaglibell dem Verklagten die Minderung der beanspruchten Schätzungssumme ins Gewissen stellte. Cf. Carpzov: Definit. I. 23 d. 15—18. Die neueren sächsischen Proceßordnungen haben diesen Eid aufgehoben. Vgl. Müller: Versuch über den Schätzungseid §. 17.

II. Der Eid wird jedoch nicht ohne Weiteres als Beweismittel zugelassen, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen, und diese bestehen entweder in dem Vorhandensein eines unvollständigen Beweises, welcher von dem Eide seinen formellen Abschluß erwartet, oder in der formell bindenden Erklärung der einen Partei, daß sie die Ueberzeugung des Richters vom Eide der anderen Partei abhängig mache. Im ersten Falle wird der Eid von den neueren Processualisten juramentum necessarium, im andern juramentum voluntarium genannt. In beiden aber ist er zufolge einer processualischen Pflicht anzunehmen und auszuschwören, und in diesem Sinne ist er also immer ein nothwendiger Eid, weshalb er auch jedes Mal, wenngleich aus verschiedenem Anlaß, vom Richter auferlegt wird.[92] Und ohne Zweifel ist dies die Terminologie des R. R., welches als juramentum voluntarium nur den außergerichtlich zugeschobenen Eid bezeichnet, der weder angenommen noch ausgeschworen zu werden braucht. Die Eidespflicht aber trifft bald den Probanten, bald den Probaten; jener muß die Wahrheit, dieser die Unwahrheit der zu Beweis verstellten Thatsache beschwören. Und daraus ergibt sich, daß wenn mehrere Thatsachen zusammen das Fundament eines Angriffs bilden, der Eid vom Probanten über die Wahrheit der einen und der anderen, vom Probaten über die Unwahrheit der einen oder der anderen gefordert wird, wogegen umgekehrt mehrere Thatsachen, von denen jede für sich allein schon dem Zwecke genügt, um dessen willen sie behauptet worden sind, z. B. mehrere Einreden, dem Probanten in positiver Fassung alternativ, dem Probaten in negativer Fassung cumulativ zum Eide zu verstellen sind. Möglich ist es freilich auch, daß in beiden Fällen die Wahrheit der einen Thatsache vom Probanten, die Unwahrheit der anderen vom Probaten beschworen werden muß; doch kann dann weder von einer cumulativen, noch von einer alternativen Eidesauflage die Rede sein, und nur die Rücksicht empfiehlt sich dem Richter, daß er die Parteien im Schwörungstermin in derjenigen Reihenfolge zum Eide auffordert, in welcher durch die Ableistung des einen Eides die des anderen erspart wird. Noch complicirter gestaltet sich die Sache, wenn die zu beschwörenden Thatsachen

---

92) L. 12 §. 1 C. h. t. [„Sed juramento illato, cum hoc a partibus factum fuerit, et a judice comprobatum —"].

verschiedenen Angriffen angehören. Hier scheidet zunächst der Fall aus, wo dieselben von einer Partei, z. B. vom Kläger in der Klage und Replikhandlung, vom Verklagten in der Einrede- und Duplikhandlung behauptet worden sind, vorausgesetzt, daß der in der Mitte liegende Angriff liquid ist. Da unter dieser Voraussetzung der Sieg des Klägers von der Wahrheit der Klagthatsache und Replik, der des Verklagten von der Wahrheit der Einrede und Duplik abhängt, so sind diese zusammengehörigen Thatsachen offenbar eben so zu behandeln, als ob sie gemeinschaftlich einen und denselben Angriff begründeten, und von den dafür geltenden Regeln ist oben die Rede gewesen. Es bleibt also nur die Frage, wie es zu halten sei, wenn die streitigen Thatsachen einander gegenüber stehen, wie Klagthatsache und Einrede, Einrede und Replik u. s. w. In diesem Falle ist zu unterscheiden, ob die Eide, sei es in positiver, sei es in negativer Fassung, je von der einen und der anderen Partei, oder ob sie beide, der eine in positiver, der andere in negativer Fassung, von derselben Partei zu leisten sind. Dort werden sie nach dem Bedingungsverhältniß geordnet, in welchem die zu beschwörenden Thatsachen stehen, und zwar so, daß bei der positiven Fassung die Ausschwörung, bei der negativen die Verweigerung des vorausgehenden Eides als Bedingung für die Ableistung des nachfolgenden Eides gestellt wird. Hier dagegen führt das Conditionalverhältniß bald zu einer cumulativen, bald zu einer alternativen Auflegung der Eide. Da der Sieg des Klägers davon abhängt, daß sich die Klagthatsache als wahr, und die opponirte Einrede nicht als wahr erweist, so muß er als Eidespflichtiger zwei Eide schwören, die ihm cumulativ auferlegt werden. Wogegen der Verklagte schon dann durchdringt, wenn die Klagthatsache nicht bewiesen oder die Einrede bewiesen wird, und in Beziehung auf ihn findet daher eine alternative Eidesauflage Statt. Wie nun Klage und Einrede einander als Angriff und Vertheidigung gegenüberstehen, so auch wieder Einrede und Replik, Replik und Duplik, und es läßt sich daher allgemein sagen, daß wenn eine zum Angriff und eine zur Vertheidigung benutzte Thatsache auf den Eid derselben Partei zu stellen sind, für den angreifenden Theil die cumulative, für den sich vertheidigenden die alternative Verbindung der Eide entsprechend ist.

1. Der nothwendige Eid.*

§. 26.

Schon das R. R. gestattet dem Richter, wenn er durch die vorgelegten Beweismittel nicht vollständig überzeugt wird, von einer der Parteien die eidliche Betheuerung ihrer Behauptungen zu fordern,[1] läßt jedoch darüber im Zweifel, ob dieser Eid nur dem Probanten oder ob er auch dem Probaten auferlegt werden könne.[1a] Die Grundsätze der Beweispflicht scheinen für die erste Alternative zu sprechen;[2] dagegen sind für die zweite nicht bloß die auch sonst vorkommenden Anwendungen des Eides (man denke an die Eidesdelation), sondern insbesondere der Umstand entscheidend, daß in einer Stelle der Pandekten dem Kläger gegen die auf Grund eines solchen Eides ausgesprochene Absolution die Möglichkeit der Restitution wegen neu aufgefundener Beweismittel eröffnet wird.[2a] Und hiermit erklärt sich das C. R. einverstanden.[3]

---

*) Außer den zu §. 25 Note * gegebenen Quellen- und Litteraturnachweisungen vgl. die von Glück: Commentar XII. S. 371 Note 7, 8 angeführten Dissertationen, so wie Hartter: Ueber den Glaubenseid als Beweisergänzungsmittel, Regensb. 1831, Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen VI. 1 S. 107—123, Busch im Arch. für civ. Pr. XXI. 7, Bolgiano in der Zeitschr. für C. R. und Pr., N. F. VIII. 12.

1) Dieser Eid scheint an die Stelle der Sponsion „ni vir melior esset“ getreten zu sein, welche nach einer von M. Cato bezeugten alten Sitte eingegangen wurde, wenn bei der Abschließung des streitigen Geschäfts keine Zeugen zugezogen waren. Cf. Gell. N. A. XIV. 2, mit Cic. de off. III. 19, Val. Max. Memor. VII. 2, 4.

1a) Quinctil. Inst. orat. V. 6 §. 2, 3, l. 1, l. 31 D. h. t. (12, 2) [„— solent enim saepe judices in dubiis causis exacto jurejurando secundum eum judicare, qui juraverit“], l. 3 C. eod. (4, 1) [„In bonae fidei contractibus, nec non in ceteris causis inopia probationum per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet“]. — Gegen die Behauptung älterer Juristen, unter den „causae dubiae“ seien nicht Fälle des unvollkommenen Beweises, sondern solche zu verstehen, in denen dem Richter widersprechende Beweismittel vorlägen, vgl. Glück: Comm. XII. S. 373 fg., und wider die Annahme Gesterding's a. a. O. VI. 1 S. 107 fg., daß es nach R. R. in Ermangelung anderer Beweise zum Eide komme, vgl. Busch a. a. O. XXI. 7 unter 1.

2) Diese vertheidigen z. B. Malblanc l. c. (§. 25 N. *) §. 71, Glück a. a. O. XII. S. 380, Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 135, Heffter: System §. 264.

2a) L. 31 D. h. t. (12, 2).

3) C. 36 §. 1 X. h. t. (2, 24) [„Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, et si nihil praestiterit, obtinere; praesumptione vero faciente pro illo, reo deferri potest ad ostendendam suam innocentiam juramentum: nisi judex inspectis personarum et causae circumstantiis, illud actori videat deferendum“. Unbestimmt sind c. 2 X. de prob. (2, 19) [„— cum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recur-

Für die Entscheidung der Frage aber, welcher Partei der Eid aufzulegen sei, sind die leitenden Gesichtspuncte von der italienischen Jurisprudenz ausgebildet worden. Daß die Glosse in einigen gesetzlich ausgezeichneten Fällen den Verklagten zur Leistung eines juramentum purgationis verpflichtete, ohne daß der Kläger irgend welchen Beweis erbracht zu haben brauchte, kommt hier nicht in Betracht.[4] In allen anderen Fällen machte sie die Auferlegung des Eides von dem Vorhandensein eines unvollkommenen, oder wie sie es nannte, eines halben Beweises abhängig, und erkannte, indem sie zwischen geringeren Sachen, d. h. solchen, deren Gegenstand nicht zu einem Meineide zu verleiten vermöge, und bedeutenderen unterschied, den Eid in jenen dem Kläger, in diesen dem Verklagten zu, vorausgesetzt, daß beide die Wahrheit wissen könnten, und vollkommen glaubwürdig wären. Wo diese Voraussetzung nicht zuträfe, sollten die bessere Wissenschaft, die größere Glaubwürdigkeit und sonstige für die eine oder andere Partei sprechende Gründe den Ausschlag geben.[5] Die Stärke des vom Probanten erbrachten Beweises fand dabei nur insofern Berücksichtigung, als beim Zeugenbeweise auch die Qualität des producirten Zeugen in Anrechnung kommen sollte.[6] Gerade in dieser Beziehung aber vermochten sich die späteren Juristen der Theorie der Glosse nicht anzuschließen. Ihnen schien der absolute Vorzug, welchen dieselbe bei gleicher subjectiver Befähigung bald dem

---

rendum, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur"], c. 3 X. de proc. (1, 38) [„— si per ipsius archidiaconi (actoris) et superstitis clerici (testis) juramentum constiterit de praemissis —"].

4) Vgl. die in §. 24 Note 108 angeführten Stellen der Glosse. In der gl. exacto jurejurando] ad l. 31 D. h. t. heißt es in vorliegender Beziehung so: „Et ut plene videas, distingue, aut actor nihil probavit de intentione sua, et tunc reus absolvendus est etiam sine juramento, — nisi in casibus, in quibus lex defert reo juramentum ad purgationem sui: ut C. de his qui ad eccl. conf. l. praesenti §. sicubi (l. 6 §. 4) et C. de fide instr. l. fin. et C. de jure delib. l. fin. §. licentia (§. 10) et in auth. de fide instr. §. si tamen (nov. 73 c. 4) aut —". Vgl. auch Azo: Summa in Codic. tit. de jurejur. nr. 10, Henr. Host. Summa aur. in tit. de assertorio juramento nr. 4, Dur. Spec. jud. II. 2 de jur. del. §. 1 nr. 4.

5) Cf. Azo l. c. tit. de jurejur. nr. 10, gl. exacto jurejurando] ad l. 31 D. h. t., gl. decidi oportet] ad l. 3 C. h. t., gl. in probatione] ad l. 35 §. 1 X. h. t., gl. clerici] ad c. 3 X. de proc., gl. cum aliae] ad c. 2 X. de prob., Henr. Host. in tit. de assertorio juramento nr. 4, Dur. II. 2 de jur. del. nr. 8. Die älteren Italiener denken übrigens hier nur an die Möglichkeit eines, von der einen oder anderen Partei über das streitige Rechtsverhältniß im Ganzen abzulegenden Eides. Vgl. die Belege bei Zimmermann a. a. O. §. 30 N. 15.

6) Gl. decidi oportet] ad l. 3 C. h. t.

Kläger, bald dem Verklagten aus bloßer Rücksicht auf die Wichtigkeit des Streitobjects zu Theil werden ließ, nur da gerechtfertigt, wo gerade halber, nicht aber, wo mehr oder weniger als halber Beweis erbracht war. Es wurde daher einer Seits angenommen, daß in geringeren Sachen der Eid unter den früheren Bedingungen dem Probanten zwar bei wenigstens halbem Beweise (Wahrscheinlichkeit, opinio) aufzulegen sei, zur Ergänzung des Beweises („ad supplementum probationis"), daß er dagegen bei weniger als halbem Beweise (suspicio, conjectura, praesumtio) dem Probaten gebühre, zum Zweck seiner Reinigung („ad ostendendam suam innocentiam", „ad defensionem s. purgationem sui").[7] Anderer Seits aber machte sich die Ansicht geltend, daß auch in bedeutenderen Sachen dann der Erfüllungseid Statt finden müsse, wenn der Beweis das Maaß eines halben überschreite.[8] Die Rücksicht auf die Stärke des Beweises trat also jetzt in den Vordergrund, und ließ den Grundsätzen der Glossatoren nur in denjenigen Fällen Raum, für welche die neue Theorie keine Auskunft gab. Noch weiter aber ist hierin die deutsche Praxis vorgeschritten. Denn da diese nur Ehescheidungs- und ähnliche Sachen in Rücksicht auf ihren das öffentliche Interesse berührenden Zweck schlechthin zu den bedeutenderen zählt,[9] im Uebrigen aber

7) Cf. gl. sane] ad c. 36 X. de jurejur., Bart. ad l. 31 D. h. t. nr. 21, 22, 57, Bald. ad l. 3 C. h. t. nr. 3, 15, Lanfr. de Oriano in comm. ad l. 31 D. h. t. nr. 30.

8) So schon Henr. Host. l. c. nr. 5 und nach ihm Bald. ad l. 3 C. h. t. nr. 35, Panormit. ad c. 34 X. h. t. nr. 6, ad c. ult. X. eod. nr. 8 sequ., Salicetus ad l. 3 C. h. t. nr. 26 i. f., Alex. Tartagnus: Cons. VII. 186 nr. 7, Jason ad l. 31 D. h. t. nr. 105, Seraphinus de Seraph. l. c. (§. 25 Note *) XXXIII. 14.

9) Die Nachweisungen bei Alex. Tart. Cons. II. 143 und Gaill: Obs. II. 94 nr. 11 zeigen, daß die ital. Juristen die Ehesachen als „causae arduae" den Criminalsachen gleichstellten, und daraus meistens die gänzliche Unzulässigkeit eines gegen das Bestehen der Ehe gerichteten jur. suppletorium folgerten, obschon sie bei anderen bedeutenderen Civilsachen nach den im Text gemachten Bemerkungen nicht so weit gingen. Während man sich nun ursprünglich in Deutschland jener Auffassung accommodirte — cf. Gaill l. c. und Carpzov: Defin. I. 12 d. 30 und 22 d. 3 —, hat man dieselbe in neuerer Zeit von protestantischer Seite mit Berufung auf den veränderten Begriff der Ehe lebhaft angegriffen. Vgl. Malblanc §. 46 n. 133. Richtig ist nun allerdings, daß das C. R. den Eid mit Eideshelfern gegen die Ehe zuläßt — c. 10 X. de despons. impub. (4, 2), c. 1, 5, 7 X. de frigidis (4, 15) —, allein sowohl die für diesen Fall vorgeschriebenen Bedingungen, als die von dem Schwörenden zuzuziehenden Eideshelfer bieten Garantien, welche dem gewöhnlichen Eide abgehen. Die Heiligkeit der Ehe aber fordert jedenfalls in der Beurtheilung des Beweises besondere Sorgfalt, und es wird sich daher die Auflegung des jur. suppl. gegen die Ehe nur da rechtfertigen lassen, wo mehr als halber Beweis

den zwischen solchen und geringeren Sachen angenommenen Unterschied allein nach der subjectiven Seite, welche er bisher schon dargeboten hatte, in Betracht zieht, so muß sie bei halbem Beweise in Ermangelung sonstiger Entscheidungsmomente stets dem Probanten den Erfüllungseid geben.[10] Außerdem aber besitzt sie in dem Glaubenseide ein Auskunftsmittel, welches auch da, wo eine halb bewiesene Thatsache beiden Theilen fremd ist, oder bei mehr als halbem Beweise der Probant, bei weniger der Probat nicht aus eigener Kenntniß würde schwören können, die Beobachtung des der Stärke des Beweises eingeräumten Einflusses möglich macht, indem hier der Eid nach den gewöhnlichen Regeln aufgelegt, aber mit Erlaubniß des Richters dem Glauben nach ausgeschworen wird.[11]

Alle diese Regeln lassen jedoch, so bestimmt sie zu sein scheinen, dem richterlichen Ermessen noch einen weiten Spielraum. Denn nur der Zeugenbeweis gibt, insofern er zu seiner Vollständigkeit zwei unverdächtige Zeugen fordert, die quantitativen Abstufungen von selbst an die Hand, außer wo die Aussagen von zwei verdächtigen Zeugen vorliegen. In Betreff der übrigen Beweismittel hat zwar die Praxis einige wenige feste Normen ausgebildet, insbesondere die, daß durch die Schriftenvergleichung und durch ordnungsmäßig geführte Handlungsbücher der Beweis bis zum Erfüllungseide erbracht werden soll.[11a] Hiervon abgesehen aber betrachtet sie es als die Aufgabe des Richters, das Maaß des Beweises nach dessen Beschaffenheit künstlich zu bestimmen.

Nach diesen Grundsätzen ist nun auch bei der Feststellung geschuldeter Quantitäten zu verfahren. Es kommen hierbei zwei Fälle in Betracht. 1. Eine alte Praxis nimmt an, daß wenn die Existenz einer Forderung, nicht aber die Größe ihres Objects bewiesen werden könne, dem Kläger gestattet sei, dieses zweite Moment durch seinen Eid zu beweisen.[12] Man hat diesen Eid jura-

---

vorliegt, wogegen natürlich die Recusation eines dem Bestehen der Ehe günstigen jur. purgatorium nicht als gültiges Bekenntniß angesehen werden darf.

10) Als die gemeine Ansicht bezeichnen dies auch Malblanc l. c. §. 73 n. 329, Strippelmann a. a. O. III. §. 10.

11) Vgl. auch Renaud a. a. O. (§. 25 Note *) XLIII. S. 209, Erk. des O. A. G. zu Kiel bei Seuffert: Archiv X. 187.

11a) Vgl. §. 24 zu N. 80 und zu N. 21. Daß der s. g. Bucheid nicht auf die Zuverlässigkeit des Handelsbuches oder des einzelnen Eintrags, sondern auf die streitige Thatsache selbst zu richten ist, führt geschichtlich aus Pemsel: Die Fassung des Bucheides, Erl. 1866.

12) Vgl. die Nachweisungen bei Busch a. a. O. XXI. S. 206.

mentum quantitatis genannt. Indeß läßt sich derselbe weder aus dem gemeinen Rechte,[13] noch aus deutschrechtlichem Ursprung[14] ableiten, und die Natur der Sache spricht gegen ihn. Eine Forderung ohne Object kann so wenig bewiesen, wie gedacht werden. Damit z. B. eine Darlehnsforderung entstehe, ist die Hingabe einer bestimmten Summe Geldes als Darlehn erforderlich, und eben diese Thatsache muß daher bereits einigermaßen wahrscheinlich gemacht sein, damit der Darleiher zum Erfüllungseide gelange.[15] 2. Dagegen ist der Beweis einer auf Interesse oder Schadensersatz gerichteten Forderung denkbar, ohne gleichzeitige Feststellung des dem „quanti ea res est" entsprechenden Geldbetrags, und eben diese Feststellung kann nach R. R., wie früher gezeigt,[16] wenn es in Folge des Untergangs des ursprünglichen Rechtsobjects an anderen Beweismitteln fehlt, durch den Eid des Klägers erbracht werden. Im Sinne der heutigen Praxis jedoch wird auch in diesem Fall einiger Beweis zu unterstellen, und in Betreff der nur unvollkommen bewiesenen Differenz je nach den Umständen bald der Erfüllungseid, bald der Reinigungseid aufzuerlegen sein.

In allen Fällen nun, wo es der Ergänzung oder Aufhebung eines unternommenen Beweises nach den aufgestellten Grundsätzen bedarf, schreitet der Richter mit der Regulirung der nothwendigen Eide ex officio vor, ohne einen entsprechenden Parteiantrag zu erwarten. Gegen die Eidesauflage finden weder Recusationsgründe, noch die Zuschiebung des Eides an den Gegner, noch eine s. g.

---

13) Der Eid der l. 1 §. 40 in f. D. depos. (16, 3) verb. „salvo eo, ut si de quantitate ponderis incertum est, juranti succurratur" ist ein Calumnieneid, welcher den Kläger von der Pflicht befreien soll, den Gegenstand der Klage so genau zu bezeichnen, wie es die Regel fordert — vgl. auch l. 19 §. 4 D. de furt. (47, 2) sowie §. 14 Note 4 —, und in dem c. 32 X. h. t. (2, 24) handelt es sich um das von beiden Parteien zu leistende, und eine Abart des generellen Calumnieneides bildende juramentum de veritate dicenda. Vgl. Busch a. a. O. XXI. S. 210 fg., der jedoch die letztgenannte Stelle unrichtig erklärt.

14) Wie Planck: Die Lehre vom Beweisurtheil S. 175 annimmt. Richtig ist nur so viel, daß vereinzelte Spuren dieses Eides in minder bedeutenden deutschrechtlichen Quellen vorkommen; ein Zusammenhang derselben mit der obenerwähnten Praxis möchte sich kaum nachweisen lassen. Wenigstens verweisen Carpzov: Definit. II. 29 d. 14 und Mevius: Decis. I. 85 not. 4 ausschließlich auf die italienischen Juristen, die aber unter einander keineswegs einig waren.

15) Das s. g. juramentum expensarum ist nach l. 13 §. 6 C. de jud. (3, 1) [„quantum pro solitis expensis litium juraverit"] als Ergänzungseid anzusehen, während ihm von der K. G. O. von 1555 I. 66—68 sogar nur der Character eines Calumnieneides beigelegt wird.

16) S. §. 25 Note 88.

Gewissensvertretung Statt;[17] der Eid kann nur verweigert oder ausgeschworen werden. Jedoch lassen sich die Nachtheile, welche aus der Eidesweigerung für die eine, und aus der Ausschwörung für die andere Partei entstehen, durch neu aufgefundene Beweismittel auf dem Wege der Restitution beseitigen.[18]

2. Der zugeschobene Eid.*

§. 27.

Ein Rechtsstreit kann außergerichtlich dadurch geschlichtet werden, daß die eine Partei von einem Eide, den in näher bestimmter Form die andere ableisten würde, ihre Anerkennung des seitens der letzteren behaupteten Rechtsverhältnisses abhängig macht. Diese Uebereinkunft hat denselben Zweck wie der Vergleich,[1] von dem sie sich jedoch darin unterscheidet, daß sie nicht für beide Theile, sondern nur für den Deferenten eine mögliche Verminderung des Vermögens involvirt, und deshalb auch bloß bei ihm,[2] nicht aber bei dem Delaten[3] die Dispositionsbefugniß voraussetzt.

---

17) Die Gewissensvertretung (s. den folgenden §) würde in dieser Anwendung ein neuer Beweisantritt sein, der nach geschlossenem Beweisverfahren nur in der Bescheinigung eines Restitutionsgrundes seine Begründung finden könnte. Vgl. Muther: Die Gewissensvertretung §. 82—85.

18) Der letzte Fall wird ausdrücklich in l. 31 D. h. t. entschieden [vgl. auch l. 4 §. 3 D. de in lit. jur. (12, 3)]. Weder der in jener Stelle gebrauchte Ausdruck „nova instrumenta" aber [vgl. l. 1 D. de fide instr. (22, 4)], noch die Natur der Sache rechtfertigt die von Manchen (s. die Citate bei Glück XII. S. 393 Note 80) behauptete Ausschließung neu entdeckter Zeugen. Auch hat es keinen Grund, wenn Malblanc §. 65 und Glück S. 394 drei unverwerfliche Zeugen deshalb für nothwendig erklären, „weil zwei Zeugen dem vorhandenen Beweise das Gleichgewicht halten würden." Denn da die Restitution die Sache in die Zeit vor Ableistung des Eides zurückversetzen soll, so wird der neue Beweis nicht einmal überall die Stärke eines vollen Beweises zu haben brauchen.

*) Vgl. §. 25 Note * und außerdem Lotz im Arch. für civ. Pr. I. 22, Linde das. VI. 9, Wolffson das. XXV. 8, Savigny: System VII. S. 47 fg., Brackenhöft im Arch. für civ. Pr. XXIX. 1, 11, Bolgiano das. XXXIII. 3, Heimbach in Ortloff's Jurist. Abhandl. und Rechtsfällen II. 3, Hinschius: Beiträge zur Lehre von der Eidesdelation mit besonderer Rücksicht auf das C. R., Berlin 1860, Muther: Die Gewissensvertretung im gem. Deutschen Recht, mit Berücksichtigung von Particulargesetzgebungen, bes. der Sächsischen und Preußischen, Erl. 1860, Nissen: Die Gewissensvertretung nach gemeinem deutschen Proceßrecht, Leipz. 1860, Langenbeck: Die Beweisführung in bürg. Rechtsstr. Cap. 19.

1) L. 2 D. h. t. (12, 2) [„Jusjurandum speciem transactionis continet"]. Cf. l. 26 §. 2, l. 31 D. eod., l. 21 D. de dolo malo (4, 3).

2) L. 17 §. 1—3, l. 19, 20, 22, 24, 34 §. 1, l. 35 §. 1 D. h. t. (12, 2), l. 7 C. eod. (4, 1). Vgl. auch l. 9 §. 4, 5 D. eod., l. 4 C. eod.

3) L. 9 §. 6, l. 23, 24, 25, 26 pr., l. 42 pr. §. 2 D. h. t. (12, 2).

Der Eid selbst aber kommt lediglich als Bedingung in Betracht,[4] und kann daher vom Delaten sogar noch nach der Annahme ausgeschlagen werden.[5] Wird er aber geleistet, oder vom Gegner nach erfolgter Annahme erlassen,[6] so erzeugt er für den Schwörenden, je nachdem dieser Kläger oder Verklagter ist, eine utilis actio oder eine exceptio,[7] ohne daß die Wahrheit des Beschworenen ferner in Frage kommt.[8]

Eine etwas veränderte Gestalt aber nimmt die Eidesdelation im R. R. an, wenn sie vom Kläger bei Anstellung einer Klage (d. i. in jure) vorgenommen wird, um einen bevorstehenden Proceß abzuwenden. Sie ist in dieser Verbindung zwar kein processualischer, sondern nur ein gerichtlicher Act, und deshalb in dem, dem Proceßprocurator ertheilten Auftrage nicht begriffen.[8a] Da sie jedoch an die Stelle der Litis Contestation tritt,[9] so weist sie dem Eide selbst die Function des Urtheils zu,[10] und dieses Surrogatverhältniß, obwohl an sich der freien Einigung der Parteien über Gegenstand und Art der Eidesleistung nicht vorgreifend, bringt es mit sich, daß der Verklagte sich auf den ihm zugeschobenen Eid ebenso wie auf eine gegen ihn angestellte Klage einlassen,[11] d. h. den Eid annehmen und ausschwören muß, und falls er sich dessen

---

4) L. 39 D. h. t. (12, 2).

5) L. 5 §. 4 D. h. t. (12, 2). Vgl. auch l. 17 pr. D. eod.

6) L. 5 §. 4, l. 9 §. 1, l. 32, 37, 41 D. eod., l. 1, 8 C. eod. (4, 1).

7) L. 9 §. 1, 6, l. 28 §. 10, l. 29 D. h. t. (12, 2), — l. 3 pr., l. 7, 9 pr. D. eod., l. 7 §. 7 D. de Publ. act. (6, 2). Der besondere Inhalt des geschworenen Eides kann auch Klage und Einrede zugleich begründen. Cf. l. 11 §. 1, 3 D. h. t. Ueber die l. 13 §. 1 D. eod. vgl. Savigny a. a. O. VII. S. 68 Note z.

8) L. 5 §. 2, l. 9 §. 1, l. 28 §. 10, l. 29, 31 D. h. t. (12, 2), l. 21, 22 D. de dolo malo (4, 3), l. 1 C. h. t. (4, 1), §. 11 I. de act. (4, 6), §. 4 I. de exc. (4, 13). Zufolge dieser umbildenden Wirkung wird der Eid bald mit der Zahlung, bald mit der Acceptilation, der Novation, dem Constitutum verglichen. Cf. l. 21, 27, 28 §. 1, l. 35 §. 1 D. h. t. (12, 2), — l. 40 D. eod., — l. 26 §. 2 D. eod., — l. 25 §. 1 D. de const. pec. (13, 5).

8a) L. 17 §. 3, l. 18, 19, 34 §. 1 D. h. t., — l. 34 §. 3 D. eod. (nicht entgegen l. 9 §. 6, l. 42 §. 2 D. eod.).

9) L. 28 §. 2 D. de jud. (5, 1), l. 9 §. 3, l. 26 §. 2, l. 34 §. 3 D. h. t.

10) L. 1 D. quarum rer. act. (44, 5), l. 2 D. h. t. („— majoremque habet auctoritatem, quam res judicata"), l. 11 §. 3, l. 35 §. 1, l. 42 §. 3 D. eod., l. 8 C. eod. Die größere Kraft des Eides besteht darin, daß er eine naturalis obligatio auch dann nicht zurückläßt, wenn er vom Verklagten gegen das materielle Recht ausgeschworen sein sollte.

11) Diese Analogie heben hervor l. 28 §. 2 D. de jud. (5, 1), l. 35 §. 2 D. h. t. Daß der Prätor einen Zwang nur eintreten ließ, wenn der Kläger den Eid deferirte, ergibt sich aus Pauli R. S. II. 1 §. 2, l. 3 §. 1 D. h. t. und aus dem „solvere aut jurare cogam" des prätorischen Edicts in l. 34 §. 6 D. eod.

nicht getraut, als des streitigen Anspruchs geständig angesehen wird.[12] Das Edict des Prätors sagt daher: „Eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam."[13] Natürlich ist dieser Zwang nur gegen dispositionsfähige Personen möglich,[14] und nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß der zugeschobene Eid die Intention des Klägers im Ganzen (rem petitoris non esse, dari non oportere) umfaßt.[15] Die Richtung auf einzelne Thatsachen kann, abgesehen von den actiones in factum, nicht als der eigentliche Zweck dieses Institutes angesehen werden, und ist da, wo sie in den römischen Rechtsquellen dennoch vorkommt, meist nur in den Worten von der gewöhnlichen Fassung unterschieden,[16] oder auch wohl der von den Parteien verglichene Ausdruck des wahren Streitpuncts.[17] Zulässigkeit und Fassung des Eides hat der Richter zu prüfen, und ungeeignete Anträge zurückzuweisen.[18] Insbesondere zwingt er Niemanden, die Wahrheit von Verhältnissen zu betheuern, welche ihm ihrer Natur nach fremd sind,[19] und um chicanöse Eidesdelationen abzuschneiden, erläßt er dem Verklagten die Ausschwörung des zugeschobenen Eides, sieht also dieselbe als geschehen an, wenn der Kläger sich weigert, zuvor einen ihm vom Verklagten angesonnenen Calumnieneid zu leisten.[20] Selbst da aber, wo der Verklagte zur Annahme des Eidesantrags verpflichtet ist, kann er statt dessen immer noch, ohne sich je dem Verdacht der Chicane auszusetzen, den Eid an den Kläger zurückschieben,[21] falls nur nicht das streitige Verhältniß ein

12) L. 38 D. h. t. (12, 2): „Manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare, nec jusjurandum referre".

13) L. 34 §. 6 D. h. t. (12, 2).

14) L. 34 §. 2, 3 D. eod. Der Pupill insbesondere kann den zugeschobenen Eid ausschwören — l. 26 pr., l. 42 pr. D. eod. —, aber er wird nicht dazu gezwungen. Vgl. jedoch §. 25 Note 16.

15) Beispiele finden sich in l. 3 §. 1, 2, l. 9 §. 1, 3, 5, 6, 7, l. 11 pr. §. 1—3, l. 13 pr., l. 14, l. 30 §. 1, 4, 5, l. 42 pr. D. h. t. (12, 2), l. 6 C. eod. (4, 1), l. 43 D. de cond. ind. (12, 6).

16) L. 3 §. 3, l. 13 §. 2—5, l. 26 §. 1, l. 28 §. 5, l. 29 D. h. t. (12, 2), l. 11 §. 1 D. rer. amot. (25, 2).

17) Darauf weist l. 34 pr. D. h. t. (12, 2) hin.

18) L. 34 §. 5, 8 D. h. t. (12, 2). Cf. l. 34 §. 3 („non compellitur"), l. 35 pr. §. 1 („audiendus est" — „audiendus non est") D. eod., l. 11 §. 3, l. 13 D. rer. amot. (25, 2).

19) L. 34 pr. D. h. t. (12, 2), l. 11 §. 2 D. rer. amot. (25, 2), Pauli R. S. II. 1 §. 4. Vgl. dazu Zimmermann a. a. O. (§. 25 Note *) §. 5, 6.

20) L. 34 §. 4, l. 37 D. h. t. (12, 2), l. 11 §. 1 D. rer. amot. (25, 2), l. 9 C. h. t. (4, 1), Pauli R. S. II. 2.

21) L. 34 §. 7, 9, l. 38 D. h. t. (12, 2), l. 11 §. 1 D. rer. amot. (25, 2), l. 25 §. 1 D. de const. pec. (13, 5) [„— modestius facere, qui referat, quam qui ipse juret"]. Vgl. auch l. 16 D. h. t.

dem Kläger fremdes[22] oder (wie das C. R. hinzufügt) ein ihn selbst, den Verklagten, infamirendes[23] ist, und dadurch wird dann der Kläger in die Lage versetzt, schwören zu müssen oder sachfällig zu werden.[24] Jedoch braucht dieser zweite Eid mit dem ersten nicht wörtlich übereinzustimmen, er kann nach den Umständen vom Richter modificirt werden.[25]

In dieser Form ist indeß die gerichtliche Eidesdelation in die deutsche Praxis nicht übergegangen.[26] Allerdings trat sie in Sachsen an die Stelle des alten Unschulds- oder Reinigungseides, welcher, ursprünglich ein Recht des Verklagten, nach einer schon vor der Reception der fremden Rechte durchgedrungenen Ansicht insofern vom Belieben des Klägers abhängig geworden war, als dieser den Verklagten auch mit Zeugen ansprechen, die Klage also entweder auf Beweisung oder auf die Gewissen (schlechte Klage) stellen durfte.[27] Während sich aber der alte Unschuldseid und Anfangs auch noch der deferirte und der referirte Eid auf das Klagrecht im Ganzen bezogen, wurde schon in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts verordnet, daß der Verklagte zunächst alle Klagthatsachen speciell beantworte, damit dann erst der Kläger sich darüber erkläre, ob er die geleugneten Thatsachen beweisen oder auf den Eid des Verklagten stellen wolle.[27a] Und hiermit war gerade die eigenthümlichste Seite jenes römischen juramentum in jure delatum aufgegeben. Im übrigen Deutschland aber scheint dessen Aufnahme von vornherein der nach justinianeischem Recht gleich bei Einleitung des Processes von beiden Theilen zu schwörende generelle Calumnieneid, sowie die von den Italienern herübergenommene, weit verbreitete Ansicht entgegengestanden zu haben, daß die Eidesdelation für den Delaten nur dann verbindlich werde, wenn bereits einiger Beweis gegen ihn erbracht worden sei.[27b] Jedenfalls war es unangemessen, in dem Eide über das Streitver-

---

22) L. 11 §. 3, l. 12 D. rer. amot. (25, 2).
23) C. 36 pr. X. h. t. (2, 24).
24) L. 34 §. 9 D. h. t. (12, 2), l. 12 §. 1 C. eod. (4, 1).
25) L. 34 §. 8 D. h. t. (12, 2).
26) Vgl. Malblanc l. c. §. 41, Savigny VII. S. 86 und die von diesem in Note c. Citirten.
27) S. die Nachweisungen bei Planck in der Zeitschr. für deutsches Recht X. S. 300 fg., die Lehre von dem Beweismittel S. 64 fg., Muther a. a. O. §. 15 fg., Zimmermann a. a. O. (§. 25 Note *) §. 39.
27a) Vgl. Muther a. a. O. S. 33 fg.
27b) Weitere Ausführungen über diesen Punct finden sich bei Hinschius a. a. O. S. 4 fg., Muther a. a. O. §. 2 fg., Zimmermann a. a. O. §. 31.

hältniß im Ganzen dem Delaten und Relaten ein möglicher Weise sehr complicirtes juristisches Urtheil ins Gewissen zu schieben, und gerade dieser Gesichtspunct war es, welcher in Sachsen die erwähnte Modification der Eideszuschiebung herbeiführte.[27c]

Dagegen macht das R. R. von der Eideszuschiebung noch eine weitere Anwendung, deren fortdauernde Geltung nicht zweifelhaft ist. Es gestattet den Parteien, und zwar jeder derselben, in dem der Litis Contestation nachfolgenden Verfahren (in judicio) die Wahrheit ihrer factischen Behauptungen auf den Eid des Gegners zu stellen.[28] Der Eid ist in dieser Function eine Vorbereitung des richterlichen Urtheils, nicht ein Surrogat desselben, und verlangt, eingefügt in den ordnungsmäßigen Gang des Verfahrens, weder für die Zuschiebung noch für die Annahme eine andere Legitimation, als die zur Proceßführung überhaupt erforderliche. Als Mittel einfache Thatsachen zu bewahrheiten aber entnimmt er doch seine überzeugende Kraft nicht so sehr der Glaubwürdigkeit des Schwörenden, als dem concurrirenden Willen des Deferenten, welcher mittelbar auf das streitige Recht selbst gerichtet, in gleicher Weise und mit denselben Beschränkungen den Richter formell bindet, wie die confessio in judicio, unabhängig von der Wahrheit des Beschworenen, und unanwendbar auf Rechtsverhältnisse, welche der freien Disposition der Privaten entzogen sind.[29] Da jedoch die

---

27c) S. die Bemerkungen Muther's a. a. O. §. 37—43.

28) Schon nach classischem Recht fand dies Statt — l. 21 D. de dolo malo (4, 3), l. 34 §. 8, 9 D. h. t., l. 25 §. 3 D. de prob. (22, 3) —. Vgl. auch Seneca: Controv. lib. 3 praef., Dial. de orat. c. 6, Quinct. Inst. orat. V. 6. Gewiß mit Recht nimmt Savigny VII. S. 79 mit Beziehung auf l. 38 D. h. t. an, daß auch im officium des alten judex die Mittel zur Ausübung des erforderlichen Zwanges gelegen, während Keller: Ueber L. C. und Urtheil S. 50 Note 22, Bethmann-Hollweg. Der röm. C. Pr. II. S. 583 in l. 34 §. 9 D. h. t. und l. 25 §. 3 D. de prob. eine Interpolation finden. Nach just. Recht unterliegt die Sache keinem Zweifel. Cf. l. 9, 11, 12 C. h. t., l. 14 §. 3 C. de non num. pec. (4, 30).

29) Daß auch der „de conditione personarum" geschworene Eid vom Prätor geschützt werde, sagt die l. 3 §. 2 D. h. t. (12, 2) ganz allgemein, und wie diese Stelle davon auf die Nichtexistenz der patria potestas („in potestate mea te non esse") Anwendung macht, so die l. 13 pr., l. 30 §. 4 D. eod. auf die Nichtexistenz des Patronats („se ejus libertum non esse"). Jedoch wirkt ein solcher Eid regelmäßig nur unter den Parteien, außer in den wenigen Fällen, in welchen auch das Urtheil über eine Statusklage für Dritte bindend ist (vgl. §. 47 Note 34, 35), unter der Voraussetzung „si bona fide exactum fuerit jusjurandum". Wenigstens entscheidet die l. 30 §. 4 D. eod. so in Beziehung auf Popularklagen, unter ausdrücklicher Betonung der zwischen dem Eide und dem Judicat bestehenden Analogie. Eine andere Frage aber ist, wie es sich mit der Eidesdelation beim Beweise von Ehescheidungsgründen verhalte. Gewiß ist, daß das C. R. in Streitigkeiten über die Gültigkeit der Ehe sowohl

Partei, welcher der Eid zugeschoben wird, den Beweis nicht zu führen hat, und wenn sie schwört, das Gegentheil von dem feststellt, was der Deferent beweisen soll, so kann die Eideszuschiebung nur insofern als Beweismittel dienen, als einerseits von der Ehrlichkeit des Delaten erwartet wird, er werde nicht wider sein Gewissen schwören, und andererseits gerade in seiner Weigerung ein Eingeständniß der zu beweisenden Thatsache zu finden ist. Denn rücksichtlich der Acceptationspflicht, ihrer Voraussetzungen und der dagegen Statt findenden Vertheidigungsmittel gelten hier dieselben Grundsätze, wie bei dem in jure zugeschobenen Eide,[30] nur in folgenden minder wesentlichen Puncten von der Praxis modificirt und weiter ausgebildet.

1. Die Eidesdelation bezweckt und bewirkt immer vollständigen Beweis, und kann deshalb mit anderen Beweismitteln nur auf den Fall (in eventum) verbunden werden, daß dieselben kein Resultat ergeben.[31] Wenn dann schon die principalen Beweismittel die streitige Thatsache voll oder unvollkommen beweisen, so ist die Eidesdelation als nicht geschehen zu betrachten, und auch der bei unvollkommenem Beweise noch erforderliche Eid ohne Rücksicht darauf, welche Partei den eventuell zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid zu schwören gehabt hätte, lediglich nach den für den nothwendigen Eid geltenden Normen zu reguliren, außer wenn weniger als halber Beweis erbracht und der zugeschobene Eid eventuell bereits zurückgeschoben worden ist, in welchem Falle nahe liegende Billigkeitsgründe dafür sprechen, daß der Eid dem Relaten auferlegt werde. Eben so aber wird ferner auch die Eidesdelation elidirt, wenn der principale Versuch, sei es für sich oder in Verbindung mit einem vom Probaten unternommenen Gegenbeweise, zu einem für den Probanten positiv ungünstigen Resultate führt,

---

den Vergleich — c. 11 X. de transact. (1, 36) —, als das Geständniß — c. 5 X. de eo, qui cogn. (4, 13) — ausschließt, und man darf hieraus mit um so größerer Sicherheit die Unzulässigkeit der Eideszuschiebung folgern, als die materielle Wahrheit, welche der Eid einer Partei erzeugt, sehr gering ist, der Wille des Deferenten aber, welcher dem zugeschobenen Eide seine Beweiskraft gibt, in Ehestreitigkeiten keinen Einfluß haben kann. A. M. Uehlein im Arch. für civ. Pr. XII. 2. S. aber Hassenpflug in Elvers Themis I. 12 (auch in den Kleinen Schriften jurist. Inhalts Nr. 5), und über die verschiedenen Ansichten Glück XII. S. 270 fg., Schmid: Handbuch I. §. 161 N. 11—23. Nicht wohl zu begreifen ist, wie man die vorliegende Frage mit der den nothwendigen Eid betreffenden (§. 26 Note 9) ohne Weiteres hat zusammenwerfen können.

30) S. die in den Noten 18—20 angeführten Stellen.

31) Vgl. Cropp in Heise und Cropp: Jurist. Abhandl. I. 15 §. 4, Busch im Arch. für civ. Pr. XLI. S. 257 fg.

und das directe Gegentheil der in Frage stehenden Thatsache beweist, d. h. vollkommen beweist, da ein solcher Beweis durch den Eid weder verstärkt zu werden braucht, noch entkräftet werden kann.[31a] Wogegen der unvollkommene Beweis des Gegentheils die Eidesdelation bei Bestand läßt, gleich als sei Nichts bewiesen, und namentlich nicht die Auferlegung eines nothwendigen Eides veranlaßt, welche immer einigen für den Probanten sprechenden Beweis voraussetzt, und zudem den Probanten unter den vorliegenden Umständen nachtheiliger stellen würde, als wenn der Beweis sich nicht auf seine Seite neigte, indem sie ihm die Wahl zwischen Annahme und Zurückschiebung des Eides entzöge.[31b]

2. Sodann hat die Zulassung des Glaubenseides die Folge, daß der Mangel eigener Sinnenwahrnehmung oder persönlicher Betheiligung der Regel nach keinen genügenden Grund für die Recusation eines angebotenen Eides abgibt. Dem Delaten namentlich ist die Berufung auf das Nichtwissen, wie früher gezeigt worden ist, nur ausnahmsweise und nur unter dem Erbieten zum juramentum ignorantiae gestattet,[32] während er den ihm über eine fremde Thatsache deferirten Eid unter allen Umständen referiren darf. Etwas Besonderes gilt jedoch bei solchen Thatsachen, welche ihre Wahrheit vorausgesetzt zwar dem Delaten, nicht aber dem Relaten bekannt sein müssen. Da der Glaubenseid ein Nothbehelf ist und bleiben soll, so wird die Relation des eine derartige Thatsache betreffenden Eides von der Praxis im Anschluß an das R. R.[32a] für unzulässig gehalten,[33] und ist deshalb, wenn sie dennoch erfolgt, als Eidesweigerung anzusehen.[33a]

31a) Cf. c. 2 X. de prob. (2, 19), und dazu Note 34.

31b) Unbestritten ist diese Auffassung nicht. Vgl. darüber, was die Note 46 in Betreff derselben Frage bei Gelegenheit der Gewissensvertretung sagt.

32) S. §. 25 Note 52.

32a) Vgl. die in Note 22 citirten Stellen.

33) In Sachsen ist diese Regel gesetzlich anerkannt — vgl. Zimmermann a. a. O. (§. 25 Note *) §. 45 Note 17 —, und daß sie auch in der gemeinrechtlichen Praxis befolgt wird, bezeugen Glück: Commentar XII. S. 319 (nebst den in Note 29 Citirten), Heffter: System §. 231, Strippelmann a. a. O. (§. 25 Note *) II. S. 300, und die von Renaud a. a. O. XLIII. S. 188 Citirten. Dagegen wollen, von einer abstracten Gleichstellung des Wahrheits- und des Glaubenseides ausgehend, Manche auch in diesem Falle die Relation des Eides zulassen. So namentlich Renaud a. a. O. S. 188 fg., Erk. des O. A. G. zu Kiel bei Seuffert: Archiv VIII. 186, Erk. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen I. 4.

33a) Vgl. Glück: Commentar XII. S. 326, Danz: Grundsätze §. 378. Eine mildere, aber weniger consequente Ansicht will in diesem Falle die Auflage

3. Auch braucht der Deferent den Calumnieneid nicht mehr zu leisten, außer wegen begründeten Verdachts der Chicane, was auf einer allgemeinen, unten (§. 30 II. 1. b.) zu erörternden Regel beruht.

4. Dagegen bietet sich dem Delaten ein neues Vertheidigungsmittel gegen die Eideszuschiebung in dem Beweise zur Vertretung des Gewissens (s. g. probatio pro exoneranda conscientia) dar. Ausgehend nämlich von der bereits unter 1. benutzten Regel, daß das, was vollständig erwiesen ist, durch den Eid weder entkräftet noch verstärkt werden kann,[34] hat die Praxis dem Delaten, welcher (und falls er) zur Verwerthung seiner etwaigen Beweismittel noch keine Gelegenheit gehabt hat, den Versuch nicht abschneiden wollen, das Gegentheil der vom Deferenten zu beweisenden Thatsache darzuthun, damit es beim Gelingen dieses Versuches der Entscheidung durch den Eid nicht bedürfe. Etwas Neues liegt hierin nur insofern, als in den Quellen des gemeinen Rechts nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, daß der Delat, wenn er jenen Beweis unternehme, die Erklärung auf den zugeschobenen Eid vorläufig ablehnen dürfe.[35] Da sich aber auch keine entgegengesetzte Bestimmung findet,[36] und das deutsche Recht einen Anknüpfungspunct

---

einer nochmaligen Erklärung. Vgl. Oeltze: Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 242, Barth a. a. O. (§. 25 Note *) S. 57, Bayer: Vorträge S. 895.

34) Diese Regel hat man schon in alter Zeit gefunden in c. 2 X. de prob. (2, 19): „Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut cum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis aut testibus, ei sacramentum nihilominus deferatur, quod si subire noluerit, fides probationibus non habetur, nos, cum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur, talem consuetudinem reprobamus". Ueber den in dieser Stelle vorkommenden Eid, der kein zugeschobener Eid ist, vgl. Hinschius a. a. O. (Note *) S. 3, 6 Note 1, Zimmermann a. a. O. S. 324 Note 3.

35) Daß in den röm. und can. Rechtsquellen nichts der Gewissensvertretung Aehnliches vorkommt, ist heut zu Tage allgemein anerkannt. Vgl. Muther a. a. O. §. 46, 47. Wenn die Aeußerung von Quinctil. I. O. V. 6 („se autem probare malle, quae affirmet, quam dubium relinquere, an pejerarit") Mehr wäre, als ein allgemeines Räsonnement — Savigny a. a. O. VII. S. 88 Note e —, so würde die Gewissensvertretung allerdings in das R. R. zurückzuversetzen sein, was bei der Anwendung des Eides in judicio nichts Auffallendes hätte.

36) In Italien wird die Frage nach der Zulässigkeit der Gewissensvertretung zuerst von Bartolus ad l. 11 D. de jur. in lit. aufgeworfen, und von ihm verneint. Nachdem er bemerkt hat, der Kläger könne, statt das juramentum in litem zu leisten, sein Interesse durch Zeugen feststellen („Volo probare per testes"), fährt er fort: „Secus in juramento judiciali. In eo enim habet necesse jurare vel referre, nisi recuset ex causa, ut l. Manifestae (l. 38 D. de jurejur.). Vertitur enim in illo etiam favor deferentis, qui litigare non vult". Er stützt also die Verneinung darauf, daß 1. die Ueber-

für diese Neuerung nicht bietet,[37] so ist der Beweis zur Vertretung des Gewissens, obschon in Deutschland zuerst von den sächsischen Juristen ausgebildet,[38] stets als ein gemeinrechtliches Institut angesehen worden.[39] Jedoch darf man denselben nicht mit dem

---

nahme des Beweises kein gesetzlicher Recusationsgrund, und daß in Ermangelung eines solchen 2. der Deferent die Annahme oder Relation des deferirten Eides zu fordern berechtigt sei, um nicht litigiren zu müssen. Dieser zweite Grund paßt nun zwar auf den in jure, nicht aber auf den zum Zweck des Beweises in judicio zugeschobenen Eid, und der erste Grund besagt eben nur, daß der Beweis zur Gewissensvertretung in den Gesetzen nicht ausdrücklich anerkannt sei. Wenn man eine andere Aeußerung des Bartolus — ad l. 14 §. 3 C. de n. n. pec. — häufig so aufgefaßt hat, als ob sie der Gewissensvertretung das Wort rede, so ist dies unrichtig, sie handelt gar nicht von derselben. Erst Jason de Mayno ad §. 11 I. de act. nr. 86 erkennt (im Widerspruch mit dem, was er ad l. 38 D. de jurejur. nr. 3 in f. vorträgt) die Zulässigkeit der Gewissensvertretung an, indem er bemerkt: „Item addite et perpetuo notate, quod si ille, cui defertur juramentum, jam probavit, vel etiam offert se probaturum, ista est justa causa recusandi juramentum: text. est de hoc multum notabilis et peregrinus in c. 2 X. de prob. et ibi Jo. Andr. et alios. Und seitdem kommt Aehnliches bei Italienern und Franzosen öfter vor. Die gemeine Meinung aber war, ohne sich neuer Gründe zu bedienen, der Gewissensvertretung entgegen. Vgl. die Nachweisungen bei Muther a. a. O. §. 53—55, Nissen S. 37 fg., S. 57 fg.

37) Dies wird anerkannt von Heimbach a. a. O. I. §. 5, 6, Muther a. a. O. §. 56. Dagegen nehmen beide (jener S. 225, dieser S. 106) und ebenso Nissen a. a. O. S. 107 an, der Beweis zur Gewissensvertretung verdanke seinen Ursprung der schon vor der Reception des R. R. in den Ländern des sächsischen Rechts vollzogenen Umwandlung des altdeutschen Parteieneides in ein Beweismittel; wie man dem Kläger gestattet habe, den Eid des Verklagten durch Anerbieten anderen Beweises auszuschließen, so habe man auch dem Verklagten statt der Eidesleistung anderen Beweis nachlassen müssen. Indeß wenn dem wirklich so sein sollte, so läge darin doch nur die Anerkennung, daß der Zeugen- und Urkundenbeweis eine stärkere Garantie biete, als der Eid, und diesem daher vorgehe, und diesen Gedanken spricht ja auch das gemeine Recht in c. 2 X. de prob. (2, 19) aus.

38) Cf. C. Mauser: Proc. jur. (ed. Witeb. 1569) p. 140 sequ., Chil. Goldstein: Enchiridion proc. judic. (ed. Francof. 1579) p. 45, Christ. Zobel in den Zusätzen zur Ausg. des Sachsensp. von 1561 ad I. 6 not. i, k, Mod. Pistoris: Quaest. jur. I. 23 nr. 2, Schneidewin in tit. I. de act. in pr. nr. 3, ad §. 11 nr. 92, Melch. Kling: Das gantze sächs. Landrecht (Leipz. 1571 fol.), Der ander Theil, tit. Von Eidesleistung fol. 60, und dazu Muther a. a. O. §. 59—62, welcher weitere Nachweisungen gibt. Auch die Bezeichnung „Gewissensvertretung" rührt von den sächsischen Juristen her.

39) Dafür spricht, daß die sächsischen Juristen und gerade die älteren, sich auf die Quellen des gemeinen Rechts, so wie auf den mißverstandenen Bartolus und auf Jason (s. Note 36) berufen, und daß sie selbst die Gewissensvertretung für ein Institut des gemeinen Rechts erklären — s. die Belege bei Muther §. 64 —. In Wahrheit also haben die sächsischen Juristen die Gewissensvertretung nur zuerst ausgebildet, was damit zusammenhängt, daß die Eidesdelation in Sachsen in voller Geltung stand, während sie im übrigen Deutschland durch das übliche Positionalverfahren (§. 70 Note 22) und die damit verbundenen Calumnieneide (§. 30 Note 46) beinahe völlig brach gelegt war. Erst seitdem der J. R. A. §. 34, 37, 41 die Positionen abgeschafft hatte, wurde mit der Eidesdelation zugleich die Gewissensvertretung besonders unter dem Einfluß Carpzov's auch außerhalb Sachsens gebräuchlich, jedoch nicht als ein von

Gegenbeweise verwechseln. Zwar hat er die gleiche Richtung, und läßt darum nur Beweiseinreden und Fragestücke,[40] keinen Gegenbeweis zu, der ein verspäteter Hauptbeweis sein würde,[41] kann auch nicht selbst wieder durch Eidesdelation geführt werden,[42] unterscheidet sich aber formell vom Gegenbeweise durch den verschiedenen Zweck, den er verfolgt. Denn der Gegenbeweis geht wider des Probanten Zeugen- und Urkundenbeweis, welchen er ganz oder theilweise aufheben soll, und daß er dennoch die Ableistung des eventuell deferirten Eides ausschließt, wofern er nach Abrechnung des Hauptbeweises dem Richter noch eine volle positive Ueberzeugung gibt, ist mehr ein zufälliger, als beabsichtigter Erfolg. Wie er denn auch zusammenfällt, wenn auf den Hauptbeweis vor der Realproduction verzichtet wird, so daß es sich der eventuellen Eidesdelation gegenüber empfiehlt, neben dem Gegenbeweise eventuell zugleich den Beweis zur Vertretung des Gewissens anzutreten.[43] Der Beweis zur Gewissensvertretung dagegen hat es eigentlich und allein mit der Eidesdelation zu thun, er soll wo möglich die Eidesleistung unnöthig machen, und kann diesen Erfolg nur dann haben, wenn er vollständig gelingt. Im Falle seines Mißlingens (oder der contumacia des Delaten[44]) muß die ausgesetzte Erklä-

---

Sachsen entlehntes, sondern als gemeinrechtliches Institut, weshalb es zu weit geht, wenn Heimbach a. a. O. II. S. 255, Busch a. a. O. XLII. S. 7 und in gewissem Sinn auch Muther a. a. O. §. 76 annehmen, die Gewissensvertretung sei von dem gemeinen Proceßrecht in derjenigen Gestalt recipirt worden, in welcher sie sich in der kursächsischen Pr. O. von 1622 und in den Schriften gleichzeitiger und etwas späterer Juristen, namentlich Carpzov's finde. Ihren gemeinrechtlichen Ausgangspunct hat sie in der zu Note 34 aufgestellten Regel.

40) Anders nach dem späteren sächsischen Recht, welches zwar generelle, aber keine specielle Fragestücke gestattet. Vgl. hierüber und über die mit dem Text übereinstimmende gemeinrechtliche Doctrin Muther a. a. O. §. 113, 114.

41) Vgl. die Nachweisungen bei Muther a. a. O. §. 106—112. A. M. sind, indem sie die Gewissensvertretung aus dem Gesichtspunct des Rollentausches als einen vom Delaten übernommenen Hauptbeweis ansehen, was sie ihrer historischen Grundlage nach nicht ist, Gönner: Handbuch II. 48 §. 5 fg., Linde: Abhandl. I. S. 75 fg., in der Zeitschr. für C. R. und Pr. III. 1, XI. 4, Martin: Lehrbuch §. 228 Note d, Savigny a. a. O. VII. S. 88, Schmid: Handbuch II. §. 167, und wenigstens im Falle eines künstlichen Gegenbeweises auch Höchster im Arch. für civ. Pr. IX. 14.

42) Auch nicht im Falle eines künstlichen Beweises. S. die Nachweisungen bei Muther §. 100, 101.

43) Dagegen kann, wenn der Delat Gelegenheit zur Führung des Gegenbeweises gehabt hat, von einem besonderen Beweise zur Gewissensvertretung nicht die Rede sein.

44) Obschon sich ein ausreichender Grund für die verschiedene Behandlung der Contumacia und des Mißlingens der Gewissensvertretung nicht erkennen läßt, wird doch dem Contumax die Rückkehr zum Eide von der kursächs. Pr. O. von 1622 tit. 19 §. 2 versagt, und dieser haben sich nicht nur die sächsischen,

rung nachgeholt, d. h. der zugeschobene Eid angenommen oder referirt werden,[45] und als mißlungen ist schon der bloß theilweise gelungene Beweis anzusehen, weil derselbe, wie oben (unter 1.) gezeigt, zur Auferlegung eines nothwendigen Eides nicht führen kann.[46] Möglich aber ist es auch, daß der Beweis des Delaten direct gegen ihn selbst ausfällt, und dann kommt er wegen der Statt findenden Communion dem Deferenten zu Gute, so daß er, wenn vollständig erbracht, jeden Eid ausschließt,[47] wenn unvoll-

---

sondern auch die Mehrzahl der gemeinrechtlichen Juristen angeschlossen. Vgl. Muther a. a. O. §. 137—139. Mit dem Text stimmen überein Elsässer: Diss. exhibens selecta capita processualia de probationibus et reprobationibus, Erl. 1782, obs. II. §. 8 sequ., Linde: Abhandl. I. S. 85, Reinhardt: Handbuch II. S. 95.

45) Nach der älteren sächsischen Praxis, welcher früherhin auch die meisten gemeinrechtlichen Juristen folgten, sollte die Gewissensvertretung, wie schon dieser Name ausdrückt, die Ausschwörung des deferirten Eides entbehrlich machen, und im Falle ihres Mißlingens war deshalb der Delat verpflichtet, den Eid noch abzuleisten, wogegen er zur Relation nicht mehr gelassen wurde. Diese Auffassung wird neuerdings von Goldschmidt: Abhandl. S. 77 fg., Heimbach a. a. O. II. S. 267 fg., Busch im Archiv für civ. Pr. XLII. S. 7, 12, und Muther a. a. O. §. 124 auch als die gemeinrechtliche auf den Grund hin vertheidigt, daß der Delat, wenn er die Gewissensvertretung wähle, sich vom Eide befreien wolle, also gewissermaßen eventuell schon den Eid annehme. Allein daß der sächsische Proceß die Relation ausschloß, war insofern consequent, als er auch den Hauptbeweisführer vor die Wahl zwischen Eidesdelation und sonstigem Beweise stellte, während das gemeine Recht die Cumulation beider gestattet, und deshalb auch dem Delaten nicht verwehren kann, nach mißlungener Gewissensvertretung zur Eidesrelation zurückzugreifen. Ein Widerspruch zwischen Gewissensvertretung und Eidesrelation, wie Muther S. 246 einen solchen annimmt, besteht nicht; selbst die sächsischen Juristen bezeichnen als Zweck der Gewissensvertretung bald die Abwendung des eigenen Eides, bald die der Relation des Eides, und nehmen also wohl nicht an, daß dieselbe in einem verschiedenen Verhältniß zu dem einen und zu dem anderen dieser möglichen Zwecke stehe. Beachtenswerth aber ist, daß auf einem Umwege auch das neuere sächsische Recht den Eid an den Deferenten bringt; es hat den Regreß des Delaten zum Eide ganz aufgehoben, dagegen vorgeschrieben, daß bei theilweise gelungener Gewissensvertretung je nach den Umständen entweder dem Delaten das Suppletorium oder dem Deferenten das Purgatorium auferlegt werden solle. Vgl. Muther a. a. O. §. 130 und die Bemerkungen desselben auf S. 259. Mit großer Uebereinstimmung hat sich daher die neuere gemeinrechtliche Doctrin für den Regreß zur Eidesrelation ausgesprochen. S. die Belege bei Muther S. 244.

46) Vgl. den Text zu Note 31b. Uebrigens gehen die Ansichten weit auseinander. Die gemeine Meinung ist für die Auferlegung nothwendiger Eide, Busch a. a. O. XLII. S. 15 gegen das Purgatorium, und Muther §. 131 auch gegen das Suppletorium außer bei künstlicher Beweisführung, weil dasselbe hier nicht mit dem deferirten Eide zusammenfalle, wie sonst der Fall sei (was auf einer Verkennung des Umstandes beruht, daß der künstliche Beweis des Delaten sich nothwendig auf eine Thatsache richten muß, welche mit der vom Deferenten zu beweisenden unverträglich ist). Mit dem Text stimmt Danz: Grundsätze §. 381 überein.

47) Belege für diesen unzweifelhaften Satz gibt Muther a. a. O. §. 116. Nur rücksichtlich der Fassung finden Differenzen Statt.

ständig, die Auferlegung des Ergänzungs- oder Reinigungseides nothwendig macht.[48]

5. Der Relat kann sein Gewissen zwar nicht durch Beweis vertreten, wohl aber auf dem Wege der Restitution sich die Erlaubniß zur nachträglichen Benutzung der versäumten Beweismittel verschaffen. Auch steht einer jeden Partei derselbe Weg offen, um die Ausschwörung des vom Gegner angenommenen Eides zu verhindern (s. g. probatio pro evitando perjurio). Gegen den ausgeschworenen Eid aber ist selbst die Restitution nicht möglich,[49] außer in zwei Fällen, a. nach R. R., wenn demjenigen, welcher auf Auszahlung eines Vermächtnisses geklagt, und den ihm vom Erben zugeschobenen Eid ausgeschworen hat, nachher ein Meineid nachgewiesen wird,[50] und b. nach der P. H. G. O. Art. 107 allgemein, wenn der Delat oder Relat in Betreff des von ihm geschworenen Eides wegen Meineids peinlich verurtheilt worden ist, indem dadurch die Verpflichtung zur Entschädigung des Verletzten begründet wird.[51]

Von einigen außerordentlichen Eiden.

§. 28.

Das gemeine Recht kennt Fälle, in denen die Anwendung des Eides als Beweismittels von besonderen Voraussetzungen abhängig, zugleich aber auch durch ungewöhnliche Wirkungen ausgezeichnet ist. Es treten somit neben die ordentlichen Eide, von denen bisher gehandelt worden ist, einige außerordentliche, und diese sollen im Folgenden dargestellt werden.

1. Das juramentum in litem (Würderungseid).[1] Schon

---

48) A. M. Busch a. a. O. XLII. S. 10, Muther a. a. O. §. 134.

49) L. 31 D. h. t. (12, 2), l. 1 C. h. t. (4, 1). Vgl. auch l. 21, 22 D. de dolo (4, 3), l. 15 D. de exc. (44, 1).

50) L. 13 C. h. t. (4, 1). Auf diesen Ausnahmsfall beziehen sich auch wohl die Schlußworte der l. 1 C. eod.: „— nisi specialiter hoc lege excipiatur“. Vgl. dazu Linde: Handbuch II. S. 699, 700.

51) Vgl. Erk. des O. A. G. zu Oldenburg bei Seuffert: Archiv II. 114, Erk. O. A. G. zu Jena das. X. 321, Erk. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen I. 7. Jedoch sehen manche Juristen den Beweis des Meineides auch im Civilverfahren als zulässig an, und hin und wieder begegnet man sogar der Ansicht, daß schon der Beweis der Unwahrheit dessen, was beschworen worden ist, zur Begründung der Restitution genüge. Vgl. besonders Abegg in der Zeitschr. für R. G. VIII. S. 325—381.

1) Tit. Dig. 12, 3. Cod. 5, 53 de in litem jurando. — F. L. Meyer: Diss. de juramento in litem affectionis et veritatis, Goett. 1805.

die ordentlichen Eide überschreiten dadurch, daß sie sich zur Feststellung von Werthen benutzen lassen, wo das zu schätzende Object sachverständigen Urtheilern nicht vorgelegt werden kann, die Grenzen, welche ihnen als Beweismittel gestellt sind.[2] Noch weiter aber geht das R. R. bei den auf Restitution oder Exhibition gerichteten Klagen, den actiones arbitrariae. Wenn einer solchen Klage gegenüber die Erfüllung des entsprechenden Urtheils vom Verklagten böswillig verweigert wird (contumacia), oder durch den dolus oder die culpa lata desselben unmöglich gemacht worden ist,[3] so soll zur Strafe dieses Unrechts[4] mit Hintansetzung der gewöhnlichen Garantien dem Kläger gestattet werden,[5] die Größe, und folglich mittelbar auch die juristische Beurtheilung seines Interesses auf sein Gewissen zu nehmen.[6] Aus erheblichen Gründen darf jedoch der Richter, selbst wenn die bezeichneten Voraussetzungen vorhanden sind, diesen Eid, das juramentum in litem, verweigern,[7] und ihn jedenfalls durch ein nach den Resultaten des Gegenbeweises oder der Natur der Sache zu bestimmendes Maximum (taxatio) beschränken.[8] Die einmal beschworene Schätzungssumme

---

Wirschinger: Versuch einer neuen Theorie über das Juramentum in litem oder den Würderungseid, Landsh. 1806. Drummer: Theorie des Würderungseides, Bamb. 1806. J. B. Müller: Versuch über den Schätzungseid, Leipz. 1806. Fr. Hänel: Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadensersatze nach heutigem R. R., Leipz. 1823 §. 92 fg. Gesterding: Ausbeute I. 1 unter II. Hasse im Rhein. Museum VI. S. 25—37, S. 179—183. Schröter in der Zeitschr. für C. R. und Pr. VII. 11. Savigny: System V. §. 221, Beil. XII.

2) Vgl. §. 26 Note 14.

3) L. 2 §. 1 D. h. t. („Interdum quod intersit agentis, solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor"), l. 4 §. 4, l. 5 §. 3 D. eod., l. 2 C. eod., l. 18 pr. §. 1 D. de dolo malo (4, 3), l. 68 D. de R. V. (6, 1), l. 3 §. 2 D. ad exhib. (10, 4), l. 3 §. 2 D. commod. (13, 6), l. 48 §. 1 D. locati (19, 2), l. 25 §. 1 D. sol. matr. (24, 3), l. 7 pr. D. de adm. tut. (26, 7), l. 15 §. 7, 9 D. quod vi aut clam (43, 24). — Ueber die actio rerum amotarum cf. l. 8 §. 1 — l. 10 D. rer. amot. (25, 2) und dazu Schröter a. a. O. VII. S. 368, so wie über die b. f. actiones im Allgemeinen (l. 5 pr. D. h. t. [„— et in b. f. judiciis in litem juratur"], — l. 3 §. 2 D. commod.) dens. S. 371 fg.

4) L. 2 §. 1, l. 8 D. h. t., l. 60 §. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2).

5) Eine Pflicht ist also die Ableistung dieses Eides niemals — l. 71 D. de R. V. (6, 1), l. 2 C. h. t.

6) Die früher aufgestellte Unterscheidung zwischen jur. veritatis und jur. affectionis ist unrichtig; das letztere, dessen Bezeichnung nur nicht paßt, ist das alleinige jur. in litem. Vgl. Schröter a. a. O. VII. S. 395 fg.

7) L. 3, l. 4 §. 1—3, l. 5 §. 1 D. h. t., l. 15 §. 9 D. quod vi (43, 24).

8) L. 4 §. 2, l. 5 §. 1 D. h. t., l. 18 pr. D. de dolo malo (4, 3), l. 3 §. 2 D. ad exhib. (10, 4). Ueber l. 68 D. de R. V. (6, 1) vgl. Schröter a. a. O. VII. S. 406.

aber darf er, von außerordentlichen Umständen (ex magna causa), und namentlich von der Auffindung neuer Beweismittel abgesehen, nicht mehr herabsetzen.[9]

Nur über die Größe und den Betrag des Schadens aber soll der Würderungseid entscheiden. Er findet daher keine Anwendung bei Klagen, welche an sich schon auf Restitution einer Geldsumme gehen, sofern es sich nicht etwa um das Interesse eines verabredeten Zahlungstages handelt,[10] und er setzt voraus, daß die Existenz eines Schadens bereits feststeht, was sagen will, daß die aus dem Klaggrunde sich ergebende Pflicht des Verklagten zur Restitution oder Exhibition eines bestimmten Objects und die schuldvolle Versäumung dieser Pflicht zum Voraus zugestanden oder bewiesen sein müsse. Ein Schaden in diesem Sinne ist auch denkbar, wo mit der angestellten Klage die Restitution einer Urkunde oder Rechnungsablage gefordert wird.[11] Wogegen dem Kläger der Würderungseid zu versagen ist, wenn er die zur Individualisirung des Klagobjects erforderlichen Eigenschaften nicht bewiesen, also ungewiß gelassen hat, welches Object zu restituiren oder zu exhibiren ist. Jedoch befreit er sich von der genaueren Angabe dieser Eigenschaften durch einen Calumnieneid, mittelst dessen er seine Unfähigkeit zu derselben betheuert.[12] Und sollte er aus einem Grundstück dejicirt worden sein, und die dabei abhanden gekommenen oder zu Grunde gegangenen Mobilien nicht einzeln nachzuweisen vermögen, so soll nach einer Verordnung des Kaisers Zeno durch den Beweis der Gewalt selbst dieser Mangel ersetzt, dann aber der Würderungseid immer mit Beifügung eines Maximum deferirt werden.[13] Man redet hier vom juramentum Zenonianum.

2. Der Manifestationseid.[14] Dieser Eid hat seinen Ur-

---

9) L. 4 §. 3, l. 5 §. 2 D. h. t.

10) L. 3 D. h. t.

11) L. 10 D. h. t., l. 7 pr. D. de adm. tut. (26, 7), l. 2, 4, 5 C. h. t. Anders faßt die Sache Schröter a. a. O. VII. S. 407 fg.

12) Cf. l. 1 §. 40 D. depos. (16, 3), l. 19 §. 4 D. de furt. (47, 2), und dazu §. 14 Note 4. Zunächst handelt es sich in jenen Stellen zwar nur um die Specialisirung der Klage, das von dieser Geltende wird aber auch auf den Beweis anzuwenden sein.

13) L. 9 C. unde vi (8, 4), c. 7 X. de his, quae vi (1, 40). Vgl. dazu Schröter a. a. O. VII. S. 409 fg., welcher jedoch die Abweichung von der Regel anders bestimmt, als der Text.

14) J. D. Seipp: Diss. de juramento manifestationis ad illustrationem l. ult. §. 10 C. de jure delib. et aliorum locorum paralellorum ad eam pertinentium conscripta, Giss. 1676. A. Ph. Glock: Diss. de jura-

sprung im späteren R. R. und kommt zuerst in einer Constitution der Kaiser Theodos und Valentinian vor, welche die Auseinandersetzung der Erben eines städtischen Decurio mit der auf ein Viertel der Erbschaft ihrer Mitglieder angewiesenen Curia betrifft, und vorschreibt, daß die Grundstücke in gewöhnlicher Art geschätzt und getheilt, die Mobilien und Forderungen aber nach der eidlichen Angabe der Erben darüber, „quae quantique sint pretii facultates“ in Geld veranschlagt werden sollen.[15] Etwas später begegnen wir einer Verordnung des Kaisers Leo über die Belangung von Personen, die sich in das Asyl einer Kirche begeben haben; sie schreibt vor, wie denselben die Ladung zu insinuiren, wie die Execution in ihr Vermögen zu bewirken sei, und weist dann die kirchlichen Behörden noch besonders an, nach den etwa verborgenen oder deponirten Sachen zu suchen, so wie, wenn der Verdacht bestehe, daß solche einem der Kirche Angehörigen anvertraut oder geliehen seien, dem Verdächtigen (also nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten) dieserhalb einen Eid abzuverlangen.[16] Endlich aber gehört hierher die bekannte, vom beneficium inventarii handelnde Constitution Justinians, welche den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern, wenn sie gegen den Erben, der sich jener Rechtswohlthat bedient hat, den Verdacht hegen, daß er die Erbschaft nicht vollständig inventarisirt habe, das Recht einräumt, in Ermangelung anderer Beweismittel vom Erben einen Eid zu verlangen, des Inhalts, daß er Nichts verschwiegen, oder entwendet, oder abhanden gebracht habe.[17] Vergleicht man diese Entscheidungen mit einander, so läßt sich eine gewisse Uebereinstimmung nicht verkennen; es handelt sich in ihnen um die Manifestation der zu einem Vermögensganzen gehörigen Objecte, und

---

mento manifestationis ad l. fin. §. Licentia (10) C. de jure deliberandi, Argent. 1717. J. H. Conradi: De juramento manifestationis, Marb. 1723. D. J. Langsdorf: De juramento manifestationis, creditoribus, legatariis et fideicommissariis competente, ad l. ult. C. de jure delib., Marb. et Giess. 1784. Fr. E. Rödiger: Versuch einer vollständigen Entwickelung der Lehre vom Manifestationseide, Leipz. 1831. Strippelmann: Der Gerichtseid, 3. Abth.: Die nothwendigen Eide, Cassel 1857, 6. Abschnitt S. 348—398. Heimbach in Ortloff's Jurist. Abhandl. und Rechtsfällen II. 3. Walther: Genetische Entwickelung der Lehre vom s. g. Manifestationseide, Marb. 1859. Renaud: Zur Lehre vom s. g. Manifestationseide, im Archiv für practische R. W. VIII. S. 110 fg. Wach: Der Manifestationseid in Italien, in der Zeitschr. für R. G. VII. S. 439—474.

15) L. 2 pr. C. quando et quibus quarta pars (10, 34).

16) L. 6 §. 4 C. de his, qui ad eccl. conf. (1, 12).

17) L. ult. §. 10 C. de jure delib. (6, 30), nov. 1 c. 2 §. 1.

der Eid dient als Mittel, den Verdacht einer Verheimlichung oder Unterschlagung zu beseitigen. Deshalb haben denn schon die Glossatoren, wohl nicht ohne einigen Einfluß longobardischer Rechtsansichten,[17a] eine Art von Theorie aus ihnen entwickelt. Sie bezeichnen nicht nur den vorliegenden Eid als einen Reinigungseid, der als vom Gesetz deferirt weder einigen Beweis voraussetze, noch zurückgeschoben werden könne,[18] sondern sie machen auch bereits den Versuch, ihn auf andere Verhältnisse anzuwenden; das Erbschaftsgut soll den Erben von der Ehefrau, das Lehnvermögen (dem Lehnherrn) vom Vasallen,[19] und das wegen Insolvenz cedirte oder zum Zweck der Execution mit der Pfändung angegriffene Vermögen den Gläubigern nicht nur von Dritten, sondern auch vom Schuldner selbst mit einem Eide manifestirt werden.[19a]

Bedeutend weiter ist man jedoch in Deutschland gegangen, und ohne Zweifel hat dazu Vieles der Umstand beigetragen, daß auch in deutschen, besonders sächsischen Rechtsquellen ähnliche Bestimmungen vorkamen. Nach dem Sachsenspiegel[20] soll die Wittwe

---

17a) Vgl. Wach a. a. O. VII. S. 442 fg.

18) Cf. gl. conscientia] ad l. 6 §. 4 C. de his qui ad eccl. conf. („Nota quem se debere per sacramentum purgare, ut hic et infra — de jure delib. l. scimus §. licentia danda, et infra — quando et quibus quarta pars l. 2 lib. X., et ex his legibus sacramentum delatum referri non potest“), gl. exacto jurejurando] ad l. 31 D. de jurejurando.

19) Cf. gl. jurata fide] ad l. 2 pr. C. quando et quibus („sic supra §. prox. et est arg. quod uxor juramento patefacit bona heredibus: item vasalli feuda. sic supra de his, qui ad eccl. confug. l. praesenti. §. sicubi“). Die Worte „item vasalli feuda“ erhalten den rechten Sinn durch eine Bemerkung des Matth. Brunus: Tr. de cessione bonorum, in Tract. univ. jur. III. 2 fol. 194a nr. 7: „— et praedicta locum habent etiam in vasallo, qui si de suo recto feudo se investiri petit, bona, quae in feudum accepit, domino indicare tenetur.“ Vgl. Wach a. a. O. VII. S. 470.

19a) Cf. Azo: Lect. in Cod. ad l. 6 §. 4 C. de his qui ad eccl. conf. v. suo enim sacramento satisfacere] und Brocarda, rubr. 28 de debitoribus et fidejussoribus nr. 1, 2, gl. ab aliis] ad l. 4 §. 1 D. de cessione bonorum, gl. non debet] ad l. 8 D. eod., gl. liberati] ad l. 1 C. qui bonis ced. poss., und dazu Wach a. a. O. VII. S. 440—446, der auf diese Stellen zuerst hingewiesen, und zugleich hervorgehoben hat, daß, wenn Azo nach seiner Lect. in Cod. l. c. den Manifestationseid in der oben bezeichneten Richtung bereits practisch angewandt habe, ihm ein Gewohnheitsrecht zur Seite gestanden haben müsse, wie ein solches in der That durch das edict. Luitprandi c. 57 schlagend bezeugt werde. Auch ergeben die gründlichen Untersuchungen dieses Schriftstellers die allgemeine Einbürgerung und constante Geltung der von Azo und der Glosse (s. diese und die vorige Note) ausgebildeten Doctrin in Italien, und bestätigen, daß eine eigentliche Fortentwickelung derselben durch die späteren italienischen Juristen nicht Statt gefunden habe.

20) Sächs. Ldr. I. 22 §. 4. Man hat auch wohl an I. 13 §. 1 gedacht. Vgl. Heimbach a. a. O. (Note 14) II. S. 301.

den Erben des Mannes die herkömmlichen Heergeräthsstücke ausantworten, und wenn sie eins derselben nicht hat, verpflichtet sein, „ihre Unschuld darzuthun, daß sie es nicht habe", es könnte denn das Gegentheil bewiesen werden. Im Anschluß an diese in späteren Rechtsbüchern[21] oft wiederholte Bestimmung nahm die sächsische Praxis schon im 15. Jahrhundert an, daß der Erbschaftsbesitzer schuldig sei, alle in seinem Besitze befindlichen Erbschaftssachen vermittelst eines Eides stückweise anzuzeigen — was man demnächst im 17. Jahrhundert jurata specificatio zu nennen anfing —, und daß für Erbschaftsbesitzer und Vormünder ein eidlich bestärktes Verzeichniß dem förmlichen Inventar gleichstehe, das eine also das andere vertrete.[22] Dieser letzte in Sachsen constant festgehaltene und schon im J. 1572 gesetzlich bestätigte[23] Satz kann nun zwar als gemeinrechtlich nicht angesehen werden, da er mit den Bestimmungen des R. R. in Widerspruch steht.[24] Wohl aber hat unter dem Einflusse der sächsischen Juristen jener römische Eid, der nun erst den Namen Manifestationseid[24a] annimmt, in der deutschen Praxis eine über seine ursprüngliche Bestimmung weit hinausgehende Wichtigkeit erhalten. Er kann nicht bloß den Erben, sondern eben so den zur Inventarisation verpflichteten Administratoren eines fremden Vermögens, namentlich den Vor-

---

21) Vgl. Hall. Weisth. von 1235 §. 24 bei Gaupp: Das alte Magdeb. und Hall. Recht S. 226 („Si illa quae hereditatem quod rade dicitur recipit illum incusare voluerit de pluri Rade, ille qui representat sola manu se expurgabit"), Magdeb. Recht von 1261 §. 55 ebendas. S. 241, Sächs. Weichb. Art. 25, altes Kulm. Recht (ed. Leman) IV. 47, Görlitzer Recht §. 41. Auch in den Dsp. c. 27 und das schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 25 §. 5 ist jene Bestimmung des Sachsenspiegels übergegangen.

22) Vgl. Magdeb. Sch. U. bei Walch: Vermischte Beiträge zu dem D. R. VIII. S. 255, und bei Zobel: Sächs. Weichbild und Lehnr. Ausg. von 1557 fol. 127a, f. 127b, f. 135b, f. 137a, und dazu Heimbach a. a. O. II. S. 303 fg., welcher S. 304 Note 11 wenigstens sehr wahrscheinlich macht, daß die Urtheile nicht später als in das 15. sec. zu setzen sind. Auch die Gl. zum sächs. Ldr. I. 23 vers. Als denn der nechst ebenbürtig Schwertmag („— der Vormund mus — das Hauptgut bewaren, er künd denn beweisen, das es im on sein Verwarlosung und Schuld were vergangen, das müst aber der Vormund gegen den Kindern auff den Heiligen behalten, als sie mündig würden, und sonst gegen keinem Mann mehr, der Vormund sol das thun mit seines selbs Hand") gehört wohl hierher. Ueber die folgende Zeit vgl. Rödiger a. a. O. S. 21 Note, S. 22.

23) Durch die Constit. des Kurf. August von Sachsen von 1572 III. 33. Vgl. auch die kursächs. Pr. O. von 1622 tit. 19 §. 2.

24) Cf. l. 22 §. 10 C. de jure delib. (6, 30), nov. 1 c. 2 §. 1, und dazu Rödiger a. a. O. S. 5, 21.

24a) Der Ausdruck „sacramento manifestare bona" kommt schon in Italien vor.

mündern abverlangt werden, und bezweckt in dieser Anwendung die Vervollständigung des ordnungsmäßig errichteten Inventars; er bietet ferner das Mittel, solche, welche verpflichtet sind, alle zu einem Vermögensganzen gehörigen Objecte, so weit sie dieselben besitzen, herauszugeben, insbesondere die mit der hereditatis petitio Belangten zur möglichst vollständigen Erfüllung dieser Pflicht zu nöthigen, und verschafft endlich im Executions- und Concursverfahren den Gläubigern die Kenntniß aller Vermögensobjecte des Schuldners, welche sie Zweckes ihrer Befriedigung anzugreifen berechtigt sind.[25] Jedoch wird in allen diesen Anwendungen der Verdacht der Unterschlagung oder Verheimlichung, obwohl nicht gerade ein sehr dringender, vorausgesetzt,[26] der somit von dem Antragsteller zu begründen und zu bescheinigen[27] ist, sofern er durch die sonstigen Voraussetzungen des Manifestationseides, wie namentlich dem Erben und Vermögensverwalter gegenüber durch die von der Errichtung eines Inventars unzertrennliche nahe Beziehung zu

---

25) Cf. Coler: De proc. exc. II. 3 nr. 386, Carpzov: Defin. III. 33 d. 6, 7 (vgl. auch I. 32 d. 30, II. 11 d. 6, II. 25 d. 14, II. 53 d. 8), Richter: Var. decis. juris I. 58 nr. 1 sequ., Seipp l. c. (Note 14) th. 5, 10 sequ., Stryk: De caut. juram. III. 3 c. 1 nr. 1—4, nr. 53, 54, Es. Pufendorf: Introd. in proc. civ. Brunsv. Luneb. III. 14 §. 1, Struben: Rechtl. Bedenken I. 79, Fr. Es. a Pufendorf: Obs. I. 47 §. 23, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 703, Seyfart: Teutscher R. Pr. XV. 56, Langsdorf l. c. §. 19 sequ., Malblanc: Doctrina de jurejur. §. 48 unter VIII., Rödiger a. a. O. S. 22, Strippelmann: Die nothwendigen Eide, Cap. VI. §. 3 (wo ausführliche Nachricht von der kurhessischen Praxis gegeben wird), Erk. des O. A. G. zu Celle bei Seuffert: Archiv II. 233, XII. 346, Erk. des O. A. G. zu Kiel das. VII. 266, Erk. des O. A. G. zu Lübeck das. XII. 212, Erk. des O. G. zu Wolfenbüttel das. VIII. 190. Unter jenen Juristen gibt Malblanc l. c. dem Manifestationseide die beschränkteste Anwendung; er will ihn nur den zur Errichtung eines Inventars Verpflichteten auferlegt wissen. Alle Anderen gehen weiter, und meist weit über die auf der Analogie des R. R. beruhenden Fälle des Textes hinaus. — Die Frage, ob der Erbe des Eidespflichtigen angehalten werden könne, den Manifestationseid dem Glauben nach abzuleisten, ist in Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Princip zu bejahen; jedoch ist auch hier unter den geeigneten Umständen ein juramentum ignorantiae zuzulassen. Vgl. darüber Renaud im Arch. für civ. Pr. XLIII. S. 201 fg.

26) Dieses Erforderniß ist abgeleitet aus l. 6 §. 4 C. qui ad eccl. conf. (1, 12) — cf. Carpzov: Defin. III. 33 d. 11 —, wird jedoch in neuerer Zeit von manchen Juristen nur mit Unterscheidungen festgehalten, von anderen ganz aufgegeben. Vgl. Rödiger a. a. O. §. 6. Da es jedoch auch in l. 22 §. 10 C. de jure delib. (6, 30) [„si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit"] wenigstens angedeutet wird, so rechtfertigt sich die im Text gegebene Darstellung, welche im Wesentlichen mit der Ansicht Malblanc's §. 48, Rödiger's §. 6, Strippelmann's a. a. O. S. 390 übereinstimmt.

27) Inconsequent ist es, wenn Malblanc l. c. §. 48 zwar die Angabe von Verdachtsgründen, nicht aber deren Bescheinigung für nothwendig hält.

der zu inventarisirenden Vermögensmasse, dem Cridar gegenüber durch die Eröffnung des Concurses nicht ohnehin schon genügend gerechtfertigt erscheint. Dagegen ist bei der H. P. die Nachweisung erforderlich, daß der Verklagte die eine oder andere Erbschaftssache an sich genommen, oder daß er sich zur Todeszeit oder kurz nachher im Sterbehause des Erblassers aufgehalten habe.[28] Demnach kann zur Begründung der H. P., welche in der Person des Verklagten den Besitz von Erbschaftssachen voraussetzt, der Manifestationseid in zwiefacher Weise in Bezug genommen werden. Entweder wird die Occupation bestimmter Erbschaftssachen seitens des Verklagten behauptet, und daneben rücksichtlich anderer voraussichtlich von ihm occupirten der Manifestationseid gefordert; oder es wird nur im Allgemeinen angeführt, der Verklagte besitze Erbschaftssachen, und dann unter Berufung auf seinen Aufenthalt im Sterbehause zur Specification derselben von jenem Eide principaliter Gebrauch gemacht.[29] Unbegründet ist die vielfach verbreitete Ansicht, der Manifestationseid bilde den Gegenstand einer besonderen Klage.[30] Er erfordert zwar einen Antrag, dessen specielle Voraussetzungen (bei der H. P. z. B. das Erbrecht des Klägers und der für die Occupation von Erbschaftssachen Seitens des Verklagten sprechende Verdachtsgrund) festgestellt sein müssen, bevor es zur Eidesleistung kommt; er ist aber darum doch ein Beweismittel, so gut wie der zugeschobene Eid, von dem er sich im Uebrigen darin unterscheidet, daß er seiner eigenthümlichen Grundlage wegen nicht durch den Calumnieneid bedingt ist,[31] und dem Gegner weder

---

28) S. die Nachweisungen bei Rödiger a. a. O. §. 7, Strippelmann a. a. O. S. 366 fg.

29) Vgl. Strippelmann: Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen I. S. 83, 100. Gegen diese Anwendung spricht sich neuerdings Wach a. a. O. VII. S. 467 aus, als gegen „eine unerhörte, weder durch innere Gründe, noch durch Gesetz und Uebung gerechtfertigte Begünstigung des Klägers". Gleichwohl bezeichnet er selbst S. 470 es als eine heute verbreitete, und wenn man wolle, bereits von der Glosse getheilte Meinung, daß die Frau überhaupt, oder doch, wenn sie sich im Sterbehause aufgehalten, zur eidlichen Manifestation angehalten werden könne, und scheint S. 467 die Nöthigung zu diesem Eide in dem Falle, wo der mit der H. P. Belangte (vielleicht wegen des Besitzes einer minima res) ohnehin restitutionspflichtig ist, für weniger anstößig zu halten, obschon seine Gegengründe auf diesen Fall eben so gut passen würden.

30) Von dieser Ansicht gehen aus Langsdorf l. c. §. 11, 37, Rödiger a. a. O. §. 11, Strippelmann a. a. O. (Note 14) S. 391. Dagegen aber erklärt sich bereits Azo: Lect. in Cod. l. c. (Note 19a). Vgl. Wach VII. S. 472 N. 93.

31) Hierüber besteht keine volle Uebereinstimmung, und der Grund davon

die Gewissensvertretung,[32] noch die Relation[33] offen läßt, oder mit anderen Worten, daß er, obwohl von einem Antrage abhängig, doch die Natur eines nothwendigen, d. i. eines Reinigungseides hat.[34] Hiermit verträgt sich sehr wohl die Fassung der Eidesformel, welche immer und selbst dann, wenn der Eidespflichtige die Sachen genannt hat, welche er an sich genommen oder abhanden gebracht, auf eine Negative, nämlich darauf geht, daß er andere, als die genannten Sachen nicht an sich genommen oder abhanden gebracht habe. Denn jene Specification enthält ein Geständniß, welches der eidlichen Bestärkung nicht bedarf, und der daneben zu leistende Eid soll also nur den in seiner Unbestimmtheit weiter reichenden Verdacht beseitigen. Das aber ist allerdings eine bei keinem anderen Eide vorkommende Besonderheit, daß der Manifestationseid unter allen Umständen etwas Unbestimmtes negirt, und daß folgeweise auf ihn der sonst die Eidesweigerung treffende Rechtsnachtheil keine Anwendung findet, da die poena confessi nicht denkbar ist, wenn es an einer bestimmten Behauptung fehlt, die als eingestanden gelten könnte. Es müssen für ihn andere Rechtsnachtheile eintreten, und diese werden sich je nach seinen verschiedenen Anwendungen verschieden gestalten. Gewissermaßen eine

---

liegt in dem Einfluß der dem sächsischen Recht eigenthümlichen Gleichstellung des Inventars und der jurata specificatio (Note 22, 23). Zwar ist die letztere niemals von einem Calumnieneide abhängig gemacht worden, dagegen mußten die sächsischen Juristen behaupten, der Kläger könne von demjenigen, welcher ein förmliches Inventar errichtet habe, den Manifestationseid nur dann verlangen, wenn er de calumnia schwöre, und dies haben ihnen gemeinrechtliche Juristen nachgesprochen. Cf. Carpzov: Defin. I. 12 d. 26 (wo auf ältere Juristen verwiesen wird), III. 33 d. 15 in f. und daneben Mevius: Decis. VI. 216, Es. Pufendorf: Introd. in proc. civ. Br. Luneb. III. 14 §. 5, J. H. Boehmer: Consult. II. 1 c. 277, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 705, Rödiger a. a. O. §. 9. Offenbar aber muß das, was in Sachsen von der jurata specificatio gilt, im gemeinen Recht auf den Manifestationseid angewandt werden. Vgl. auch Strippelmann a. a. O. S. 393. Singulär ist die Meinung Malblanc's a. a. O. §. 48, welcher den Manifestationseid in Betreff des juramentum calumniae ebenso behandelt, wie den zugeschobenen Eid.

32) Cf. Langsdorf l. c. §. 36 und besonders Muther: Die Gewissensvertretung §. 82, 83, 87 (wo sich auch dogmengeschichtliche Nachweisungen finden). A. M. ist Rödiger a. a. O. §. 10.

33) So schon die gl. conscientia] ad l. 6 §. 4 C. de his, qui ad eccl., Odofredus ad eand. leg., gl. famosa] ad c. 36 X. de jurejur., dann ferner Coler l. c. (Note 25) II. 3 nr. 402, Carpzov l. c. I. 12 d. 26, III. 33 d. 15, Es. Pufendorf l. c. III. 14 §. 5, Hofmann a. a. O. I. §. 705, Strippelmann a. a. O. S. 394.

34) Daß in dieser Auffassung die Glosse (Note 18) sowohl für die italienischen, als auch für die deutschen Juristen maaßgebend gewesen ist, bezeugen die zahlreichen Belege bei Walther a. a. O. (Note 14) §. 3—11.

gesetzliche Vorschrift liegt insofern vor, als angenommen werden muß, daß der Erbe, welcher den von den Legataren und Erbschaftsgläubigern geforderten Eid verweigert, demselben Rechtsnachtheil unterliegt, welcher ihn wegen Versäumung der Inventarisation getroffen haben würde.[35] Dient der Eid zur Sicherung der Exhibitions- oder Restitutionspflicht, und hierher gehört auch der Fall, wo er von dem zur Inventarisation verpflichteten Verwalter eines fremden Vermögens zu leisten ist, so muß ohne Zweifel dem Kläger gestattet sein, sein Interesse durch das juramentum in litem festzustellen.[36] In den übrigen Fällen aber, insbesondere also dem Concursschuldner gegenüber und in der Executionsinstanz sind Disciplinarstrafen als die nicht ausgeschlossenen und allein möglichen Zwangsmittel anzusehen.[36a] Ist der Manifestationseid ausgeschworen worden, so kann er nur eben so wie ein anderer nothwendiger Eid, d. h. auf dem Wege der Restitution angefochten werden, und es ist durch Nichts zu rechtfertigen, wenn manche Juristen[37] behaupten, daß der Antragsteller die Unvollständigkeit des vom Eidespflichtigen übergebenen Verzeichnisses verschwiegener oder abhanden gebrachter Sachen nicht bloß vor der Eidesleistung[38] (was ohne Zweifel statthaft ist), sondern auch noch nach derselben darthun könne.[39]

3. Der Diffessionseid und Editionseid sind bereits bei früherer Gelegenheit besprochen worden. Vom Calumnieneid aber wird, insoweit er als Beweismittel in Betracht kommt, im nächsten §. die Rede sein.

35) L. 22 §. 12 C. de jure delib. (6, 30).

36) Dieses indirecte Zwangsmittel wird in der deutschen Praxis ohne Widerspruch für zulässig gehalten. Vgl. Rödiger a. a. O. §. 12 und die daselbst S. 59 * Angeführten. Als Argument könnte man sich auf die Analogie der l. 7 pr. D. de adm. tut. (26, 7) berufen.

36a) Vgl. Wach a. a. O. VII. S. 472.

37) Cf. Mevius: Decis. III. 328, Sündendörfer: Proc. Fibigianus II. 15, ed. 4. p. 537, Pufendorf l. c. (Note 31) III. 14 §. 6, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 707, Seyfart: Teutscher R. Pr. XV. 59, Canngiesser: Decis. Hasso-Cassel. I. 17, Schneider: Vollst. Lehre vom rechtlichen Beweise §. 414, Strippelmann a. a. O. S. 396 (mit Belegen aus der Praxis des O. A. Gerichts zu Cassel).

38) In Sachsen führt dieser Beweis den Namen probatio majoris substantiae. Seine Statthaftigkeit läßt sich sowohl aus der l. 22 §. 10 C. de jure delib. (6, 30), als auch, wie Heimbach a. a. O. (Note 14) II. S. 302 andeutet, aus dem Sächs. Ldr. I. 22 §. 4 nachweisen.

39) Den einzigen scheinbaren Grund führt das von Canngiesser l. c. mitgetheilte Erkenntniß an, indem es den Manifestationseid als eine species juramenti calumniae bezeichnet. Wäre er das, so würde jene Behauptung gerechtfertigt sein. Vgl. übrigens Wach a. a. O. VII. S. 473 Note 99.

Von der Bescheinigung (summatim cognoscere).*

§. 29.

Es ist bereits früher[1] bemerkt worden, daß der Richter gewissen Anträgen schon dann entspricht, wenn die denselben zu Grunde liegenden Thatsachen bloß wahrscheinlich gemacht, also unvollständig bewiesen sind. Das R. R. gebraucht für diese minder gründliche Art der Untersuchung den Ausdruck „summatim cognoscere“,[2] und wendet dieselbe in Fällen an, wo der Implo-

---

*) Joannis Faxioli et Bartoli de Saxoferrato de summaria cognitione commentarii, ed. Briegleb, Erl. 1843 (jener aus Durant. Spec. I. 1 de off. omn. jud. §. 7 und IV. 1 de lib. conc. zusammengestellt, dieser der gl. Bartoli ad Henrici VII. Extrav. Ad reprimendum] entnommen). Savigny in der Zeitschr. für gesch. R. W. VI. 3 unter I. (auch abgedruckt in seinen Verm. Schriften II. 17 mit einem das interdictum quorum bonorum betreffenden Nachtrage). W. H. Puchta in der Zeitschr. für C. R. und Pr. I. 13. Brauer im Arch. für civil. Pr. XXV. 11. Briegleb: Summatim cognoscere quid et quale fuerit apud Romanos, Erl. 1843. Wetzell in den Krit. Jahrb. für deutsche R. W. 1848 S. 769 fg. Kleiner: Ueber die Bescheinigung im deutschen C. Pr., Regensburg 1855. Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Processe, Gött. 1859 (Cap. 4—7). Wach: Der Arrestproceß in seiner geschichtlichen Entwickelung I. (Der ital. Arrestproceß) §. 19.

1) §. 21 Note 9.

2) So bestimmt Savigny a. a. O. VI. S. 230 den Begriff der summarischen Cognition. Abweichende Ansichten hat Briegleb aufgestellt. Nach der ersten der in Note * citirten Schriften soll die summarische Cognition in einem an sich umfassenderen Rechtsverhältniß einen einzelnen Punct herausnehmen, und diesen als den wichtigsten allein zur gerichtlichen Entscheidung bringen; von der jüngeren wird ihre Grundeigenthümlichkeit in die Beschränkung der Cognition auf die summa causa, d. h. auf die nächsten und unerläßlichsten Voraussetzungen eines an sich begründeten Klaganspruchs gesetzt, ermäßigt durch die Zulassung unverzüglich evidenter Defensionen. Indeß ist jene erste Ansicht, gegen welche sich die Recension Wetzell's a. a. O. und eine Bemerkung Savigny's in den Verm. Schriften II. S. 253 richtet, vom Vf. selbst (Einleitung S. 401) mit ehrenwerther Wahrheitsliebe „als wirklich unbrauchbar völlig preisgegeben“ worden. Die andere aber widerlegt sich dadurch, daß die für den Umfang der Vertheidigung maaßgebende l. 3 §. 13 D. ad exhib. (10, 4) — vgl. auch l. 5 §. 11 in f. D. de agn. et al. lib. (25, 3) — der a. ad exhibendum gegenüber eine Reihe von Einreden ohne liquiden Beweis zuläßt, daß der Kläger nach den in den Noten 21 und 24 citirten Stellen einen vollen Beweis nicht zu liefern braucht, und daß die Erklärung (Einleitung S. 301) der in der Note 22 angeführten Ausdrücke und der damit in Bezug stehenden Anwendung des Calumnieneides (Note 24) nicht nur innerlich unhaltbar ist, sondern auch jeder quellenmäßigen Grundlage entbehrt. Uebrigens gibt auch Briegleb's voller Klagbeweis, da er alle nicht liquiden Beweiseinreden und Defensionen ausschließt, dem Richter keine volle Ueberzeugung von der Existenz des Klagrechts; es handelt sich demnach zwischen den einander gegenüberstehenden Ansichten im letzten Resultat lediglich um eine Differenz des Mehr oder Weniger, und man sieht daher nicht ein, warum das auf S. 197 und S. 375 angerufene „unbeugsame Vernunftgesetz“ nur gegen Savigny's

rant eine Verfügung beantragt, welche die Geltendmachung eines von ihm erhobenen oder zu erhebenden Anspruchs sichern oder erleichtern soll.[3] So namentlich wenn um Ertheilung der bonorum possessio ex edicto Carboniano[4] oder ventris nomine,[5] um eine prätorische Caution,[6] oder um vorläufige Zuerkennung von Alimenten[7] gebeten wird, ferner wenn es sich um Anticipation einer Klage zur Abwendung eines bei späterer Klagestellung zu befürchtenden Nachtheils,[8] oder um Aufschiebung eines Processes bis nach Erledigung eines anderen wichtigeren (exc. praejudicii),[9] oder um die Pflicht zur Beantwortung einer in jure gestellten Frage handelt,[10] endlich wenn die bloße Vorzeigung eines streitigen Gegenstandes,[11] oder die Dimission einer dem Besitzer gepfändeten Sache auf Antrag des angeblichen Eigenthümers[12] in Frage steht.[13] In allen diesen Fällen wird eine definitive Entscheidung des zwischen den Parteien schwebenden materiellen Streitverhältnisses zunächst nicht bezweckt, und darum durch die Gewährung der gestellten Bitte selbst unter Voraussetzung einer Täuschung ein bleibender Nachtheil

---

Theorie gelten soll. — Dieser sind übrigens neuerdings auch Renaud: Lehrbuch §. 102 Note 5 und Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. §. 163 beigetreten, während Wach a. a. O. I. §. 19 sich auf das R. R. nicht einläßt.

3) Savigny a. a. O. VI. S. 239.

4) L. 3 §. 4 D. de Carb. ed. (37, 10).

5) L. 1 §. 14 D. de ventre in poss. (37, 9).

6) L. 1 §. 9 D. de stip. praet. (46, 5), l. 3 §. 1 D. ut in poss. (36, 4). Vgl. auch l. 5 §. 2 D. ut legat. (36, 3), l. 13 §. 3 D. de damno inf. (39, 2), l. 1 C. ut in poss. (6, 54).

7) L. 5 §. 8, 9, 18 D. de agn. lib. (25, 3). Das verwandtschaftliche Verhältniß soll in dem Proceß über die Alimentationspflicht nicht beiläufig zur definitiven Entscheidung kommen, und doch auch der Genuß der Alimente dem Kläger nicht bis zur definitiven Feststellung der Verwandtschaft vorenthalten werden. Der Inhalt jener Stellen erklärt sich also sehr natürlich aus einer Begünstigung des auf Lebensversorgung gerichteten Anspruchs. Vgl. Savigny a. a. O. VI. S. 237.

8) L. 40 D. ad leg. Aquil. (9, 2) und dazu Savigny a. a. O. VI. S. 236.

9) L. 7 §. 1 D. de H. P. (5, 3).

10) L. 9 §. 6 D. de int. in jure (11, 1).

11) L. 3 §. 9, l. 15 D. ad exhib. 10, 4).

12) L. 15 §. 4 D. de re jud. (42, 1).

13) Dazu kommen noch zwei Codexstellen, in denen das „summatim" eine etwas abweichende Bedeutung hat, l. 1 C. quor. app. (7, 65) und l. 2 C. ubi in rem actio (3, 19). Beide Stellen handeln von einer in Abwesenheit des Gegners vorzunehmenden und insofern unvollständigen Prüfung der Voraussetzungen einer rein processualischen Maaßregel. In der l. 1 C. cit. sind die Worte „negotio prius summatim perscrutato" mit dem Schlußsatz zu verbinden, und in l. 2 C. cit. bezieht sich das „negotium summatim discutiens" nicht auf die Erörterung der Eigenthumsfrage, sondern auf die Feststellung dessen, was zur translatio possessionis (s. §. 49 Note 27) erforderlich ist. Vgl. Briegleb: Einleitung §. 63, 64.

für den Gegner nicht begründet. Wenn daher die italienische Doctrin hierin mit Recht den Grund für die Zulassung eines geringeren Grades von Gewißheit fand,[14] so war es vollkommen angemessen, daß sie über die im R. R. vorkommenden Anwendungen hinaus die summarische Cognition überall da für genügend erklärte, wo durch die erbetene Entscheidung den Rechten des Imploraten nicht definitiv präjudicirt werde.[15] Dieses selbständige Princip aber wandte man an auf die Bitte um Abhörung von Zeugen zum ewigen Gedächtniß, auf die Interventionen zur Nachweisung des Interesses,[16] auf die provocatio ex l. Diffamari,[17] auf das possessorium summarium (nicht aber auch auf die ordentlichen interdicta possessoria),[18] auf das Arrestgesuch[18a] u. s. w., insbesondere

---

14) Cf. Azo in Summa ad tit. C. ad exhib. nr. 21 in f. („Nec videatur alicui haec actio [sc. ad exhibendum] supervacua, quia res potest vendicari: cum in rei vindicatione plena probatio sit necessaria, in hac autem sufficit semiplena"), gl. praejudicare] ad l. 15 §. 4 D. de re jud. („Si summatim feratur sententia, non praejudicatur, ut et supra de lib. agn. si quis a liberis §. meminisse [l. 5 §. 9]. secus si plene, ut notat C. de ord. cogn. l. 2"), gl. pronunciatum] ad l. 2 C. de ord. cogn., Odofredus ad l. 5 §. 8 D. de agn. et al. lib., Faxiolus und nach ihm Durant. l. c. p. 20, Alber. de Rosciate ad l. 3 §. 9 D. ad exhib. (Note 25), Bartolus l. c. p. 35.

15) Faxiolus, und nach ihm Durant. l. c. p. 7, Bart. l. c. p. 39, Baldus in add. ad Spec. I. 1 de off. omn. jud., ad l. 9 C. de jurejur. nr. 4, Ant. de Butrio ad c. 9 X. de dolo et cont. nr. 9, ad c. 7 X. de cohab. cler. et mul. nr. 25, Lud. Romanus ad l. 31 D. de jurejur. nr. 133, 134, Franc. de Accoltis ad l. 9 C. de judic., Felinus Sandeus ad c. 17 X. de re jud. nr. 16., Phil. Decius de ed. D. Hadr. toll. nr. 15, Maranta: Spec. aur. IV. 9 nr. 46. Vgl. auch Buchka: Die Lehre vom Einfluß des Pr. II. S. 173, 174.

16) Gl. summatim] ad l. 3 §. 9 D. ad exhib. (sub nr. 10), Jo. ab Imola ad l. 5 D. de appell. nr. 19, Ant. de Butrio ad c. 38 de test. nr. 3, 10, 11, Felinus Sandeus ad c. 17 X. de re jud. nr. 17.

17) S. oben §. 13 Note 60.

18) Cf. Maranta IV. 9 nr. 43, Gaill: Obs. I. 7 nr. 5, 6 nebst den von diesen Citirten, und dazu Bruns: Das Recht des Besitzes S. 265 fg., so wie den folgenden §. 30 N. 81.

18a) Vgl. dazu §. 41 sub IV. 2, wonach der auf Grund des bescheinigten Arrestgesuchs verhängte Arrest demnächst vom Imploranten durch vollen Beweis zu justificiren ist. Der vorläufigen Bescheinigung, welche trotzdem, daß angesehene Juristen dagegen waren, nach Paulus de Castro: Cons. I. 474 („Et ita servat totus mundus") von der italienischen Praxis für ausreichend gehalten wurde, ist auch Wach a. a. O. I. S. 147, 148 nicht ganz abgeneigt, und die von demselben gegen den Text geführte Polemik ist deshalb unberechtigt. Allerdings beschränkt der §. 41 sub IV. 2 die Justification auf den Beweis des Klaganspruchs, und verlangt also für die causa arresti keinen vollen Beweis — nach Anleitung der Stellen der Note 6 —, er möchte aber darum schon vom Standpuncte der italienischen Praxis nicht zu tadeln sein, da in dieser Beziehung die italienischen Stadtrechte zum bei Weitem größeren Theil sogar den Eid ohne nachfolgende Justification als genügend gelten lassen. Vgl. die Nachweisungen bei Wach I. S. 156.

aber auf solche processualische Incidentpuncte, bei denen es dem Imploranten nur auf den Gewinn vollständigerer Vertheidigung ankommt, wie namentlich auf die Bitte um Fristerstreckung und um Restitution wegen Irrthums und anderer Verhinderungen,[19] auf die Recusation des Richters[20] und ähnliche Fälle.

Was andererseits die Stärke der zu erbringenden Wahrscheinlichkeit anbelangt, so sieht das R. R. solche Ueberzeugungsgründe als ausreichend an, wie sie im täglichen Leben einen verständigen Mann zur Annahme der Wahrheit bestimmen,[21] oder was dasselbe ist, wie sie den Kläger, seine Ehrlichkeit vorausgesetzt, zur Stellung seines Antrags zu veranlassen geeignet waren. Somit kommt es eigentlich nur darauf an, festzustellen, daß der Implorant nicht leichtfertig und aus Chicane die seinem Gesuche zu Grunde liegenden Thatsachen behaupte,[22] und neben anderen nicht genauer specialisirten Beweismitteln[23] wird deshalb in den Gesetzen ausdrücklich auch der Calumnieneid gestattet.[24] Diesen faßte daher die

---

19) C. 31 X. de test. (2, 20), c. 4 X. de exc. (2, 25), c. 4, 8 in VI. de elect. (1, 6), Dur. II. 3 de appell. §. 7 nr. 6, Bart. l. c. p. 41, Ant. de Butrio ad c. 2 X. de rest. in int. nr. 30, ad c. 5 eod nr. 7, 8, Maranta IV. 9 nr. 198, Stat. Paduae bei Briegleb: Gesch. des Ex. Pr. II. 197, Stat. Romae I. 185, Stat. Cesenae I. 7. Vgl. dazu §. 53 Note 54, 58.

20) C. 11 §. 1 in VI. de rescriptis (1, 3), gl. recusare] ad l. 16 C. de judic., Dur. l. 1 de recus. § 4 nr. 5, Lanfr. de Oriano: Practica, in tit. de recus. nr. 3, Stat. Cesenae I. 7, Stat. Eugubii II. 22, so wie die weiteren Nachweisungen bei Gaill: Obs. I. 33 nr. 14. Vgl. dazu §. 36 Note 20.

21) Negativ drückt dies l. 1 C. ut in poss. legat. (6, 54) [vgl. mit l. 3 §. 1 D. eod. (36, 4)] durch die Worte aus: „non debet is, qui juri dicundo praeest, subtiliter cognoscere, debeatur nec ne fideicommissum", — positiv l. 3 §. 4 D. de Carb. ed. (37, 10) durch „si vero ambiguam causam, hoc est, vel modicum pro puero facientem (invenerit), ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carb. B. P." — und l. 40 D. ad leg. Aquil. (9, 2) durch „si summatim re exposita ad suspicionem judicem adducam, debeam vincere". Vgl. auch l. 1 §. 14 D. de ventre in poss. (37, 9): „si dubitari de re posset".

22) So soll nach l. 7 §. 1 D. de H. P. (5, 3) die zu untersuchende Frage die sein, „an bona fide imploretur judicium de testamento", nach l. 3 §. 4 D. de Carb. ed. (37, 10) soll die B. P. ex ed. Carb. gegeben werden, „nisi manifesta calumnia apparuerit eorum, qui infanti b. p. petant", nach l. 3 §. 1 D. ut in poss. leg. (36, 4) die Norm der Untersuchung darin bestehen, „utrum per calumniam satis petatur, an bona fide". Vgl. ferner l. 5 §. 2 D. ut legat. (36, 3), l. 1 §. 14 D. de ventre in poss. (37, 9), l. 1 §. 9 D. de praet. stip. (46, 5).

23) Vgl. die Stellen der Note 21. Nach l. 5 §. 2 D. ut legat. (36, 3) soll derjenige, welcher die cautio legatorum servandorum causa fordert, im Falle des Leugnens nicht anders gehört werden, „quam si scripturam, qua (legatum) relictum affirmet, exhibuerit".

24) L. 15 D. ad exhib. (10, 4), l. 13 §. 3 D. de damno inf. (39, 2). Vgl. auch zu der ersten Stelle l. 6 §. 2, l. 9 §. 3 D. de edendo (2, 13), l. 15 §. 1 D.

Glosse als das Eigenthümliche der summarischen Cognition[24a] im Gegensatz zum ordentlichen Beweise auf,[25] und schon Azo gebrauchte

de reb. auct. jud. possid. (42, 5), l. 3 C. quemadm. test. aper. (6, 32) — zu der letzteren Lex Rubria c. 20, l. 5 §. 14 D. de O. N. N. (39, 1) — und außerdem l. 8 §. 5 D. qui satisd. cog. (2, 8), nov. 112 c. 2.

24a) Nicht schlechthin, sondern „im Gegensatz zum ordentlichen Beweise", womit zweierlei ausgeschlossen ist, 1. die Berücksichtigung der von den Glossatoren dem unvollständigen Klagbeweise gegenüber (übrigens im Widerstreit mit dem R. R. — vgl. Note 33, 34 — und ohne Anspruch auf bindende Auctorität) angenommenen Beschränkung des Verklagten auf liquide Einreden, und 2. die Berücksichtigung der in Note 13 erwähnten l. 1 C. quor. app. (7, 65), in welcher schon nach der Glosse (cf. gl. summatim] ad l. 1 C. cit., gl. declarati] ad nov. 53 c. 4 §. 1) das summatim cognoscere nicht von einem unvollständigen Klagbeweise, sondern von dem durch die Einseitigkeit des Verfahrens bedingten Ausschluß der Vertheidigung gegen den Klagbeweis und die Klage zu verstehen ist. Dies verkennt Wach a. a. O. I. §. 19, wenn er berichtigend bemerken zu müssen glaubt, „daß die Glossatoren, abgesehen von jedem Calumnieneide und halben Beweise, ein summatim cognoscere und semiplene probare dann annähmen, wenn mit objectiver Beschränkung oder mit Ausschluß des Vertheidigungsrechts verhandelt werde." Ohnehin ist seine Bemerkung nicht zutreffend. Denn indem er sagen will, die Glossatoren betrachteten als das Eigenthümliche der summarischen Cognition, möge dieselbe im Uebrigen beschaffen sein, wie sie wolle (also sowohl in den Fällen der Noten 4—12, wie in denen der Note 13), die gleichartige Behandlung des Vertheidigungsrechts, übersieht er, daß die Beschränkung des Verklagten auf liquide Einreden, d. h. die Zulassung aller Einreden unter Voraussetzung der Liquidität, und der Ausschluß des Vertheidigungsrechts, d. i. der unbedingte Ausschluß aller Einreden, zwei ganz verschiedene Dinge sind, durch deren äußerliche Verbindung („oder") kein einheitlicher Begriff geschaffen wird. Zudem entspricht der Verschiedenheit des Vertheidigungsrechts die Verschiedenheit des Klagbeweises, und somit reducirt sich die Berichtigung auf die nicht neue Bemerkung, daß die Glosse, eben so wie nach Note 13 das R. R., zwei Arten des summatim cognoscere unterschieden habe. Von diesen zwei Arten konnte und wollte der vorliegende §. 29 nur die eine darstellen, wie die Note 13 deutlich genug erkennen läßt. Beiden aber tritt in Note 32 eine dritte, auf das Verfahren bezügliche gegenüber, welche sich eben so wie jene nur negativ bestimmen läßt.

25) Azo in Summa ad tit. C. ad exhib. nr. 12 (s. die folgende Note), Pillius: De ord. jud. III. 18 nr. 20 („— negotio summatim perscrutato, ut C. quor. app. n. rec. l. 1, puta sacramento actoris, ut in auth. de collatoribus §. super hoc sancimus [nov. 128 c. 23], mittitur actor in possessionem rerum absentis — — juxta mensuram declarati debiti, i. e. probati levi probatione, ut dictum est, puta sacramento actoris vel forte ostensione instrumenti, quod prima facie sine vituperatione appareat, ut C. de ed. D. Hadr. toll. l. ult., nam suum debitum certificare debet, ut C. de bon. auct. jud. poss. l. apud eum"), Tancredus: Ordo jud. III. 2 §. 2 („— nam dicitur ibi „summatim negotio perscrutato", quod aliter fieri non potest, nisi per juramentum calumniae, cum testes lite non contestata generaliter recipi non possunt. Et ita observatur de consuetudine in civitate Bononiensi"), gl. summatim] ad l. 3 §. 9 D. ad exhib. („summatim. quod fiet, si solum juravit actor sua interesse, statim enim exhibebitur ei, ut infra eod. l. thesaurus [l. 15] et C. de fide instr. l. fin."], gl. summatim] ad l. 3 §. 1 D. ut in possess. („summatim. sufficit ergo jurare legatarium non petere animo calumniae. Et nota casus, in quibus summatim cognoscitur. ut dixi s. ad exhib. l. 3 §. sciendum"), Odofredus ad l. 3 §. 9 D. cit. („nec habet fieri in ea plena cognitio, sed summaria. et quid venit in ista summaria cognitione: eo ipso, quod jurabit, non

dafür den Ausdruck „semiplena probatio", was dann in der Weise technisch und maaßgebend wurde, daß man für die jenen Eid vertretenden Beweismittel die Stärke eines halben Beweises forderte.[26] Immerhin aber blieb dem Imploranten zwischen dieser Art der Bescheinigung und dem Calumnieneide die Wahl. Wegen der Gefahr aber, welche mit der unbedingten Zulassung des Eides verbunden waren, fing man an, je nach der Größe des factischen Nachtheils, um den es sich handelte, zwischen majus praejudicium und modicum praejudicium zu unterscheiden, und den Eid auf dieses zu beschränken, für jenes dagegen zuverlässigere Wahrscheinlichkeitsgründe zu fordern,[27] ohne jedoch im Einzelnen zu bestimmen, wo das Eine und wo das Andere Statt finde. Dies überließ man vielmehr, wo es an ausdrücklichen Normen in den geschriebenen Rechten fehlte, dem Ermessen des Richters. Und da nun in Deutschland mit dem R. R. auch die italienische Theorie der summarischen Cognition Eingang fand,[28] so blieb der deutschen

---

calumniae causa fieri exhibitionem. infra eod. l. thesaurus"), Alber. de Rosciate ad l. 3 §. 9 D. cit. („— sed certe per tale sacramentum, quod non animo calumniae petit, probatur interesse, ex quo reo debet exhiberi: et ita communiter in judicio servatur. alias nullum esset speciale in ista summaria cognitione, si deberet in ea plene probari, sicut in ordinaria et quia est solum praparatoria et modicum affert praejudicium, et ita communiter servatur").

26) Azo in Summa ad tit. Cod. ad exhib. nr. 12 („Et satis est, si summatim i. e. semiplene doceat sua interesse rem exhiberi ut ff. eod. l. 3 §. sciendum. Et in hac semiplena probatione non est opus testibus vel instrumentis, sed satis est, quod juro non calumniae causa me postulare exhibitionem, ut ff. eod. l. thesaurus"), nr. 21 in f. (s. Note 14). Vgl. auch gl. qui] ad l. 40 D. ad l. Aquil. („Qui. id est quos verisimile est, quod non sint eo tempore, verbi gratia si sint senes vel advenae cito recessuri, ut infra ad Carb. l. 3 §. duae [§. 5]. et hoc summatim debet exponi: et si non petatur calumniose, condemnabitur reus. nam si verisimile est, quod per testes tempore existentis conditionis posset probari, non ageret. Illud autem summatim non probatur, sed plene, sit pecunia debita sub conditione eo chirographo, vel non"), gl. summatim] ad l. 1 C. qu. app. n. recip. („— Vel dic, quod hic erat causa, de qua semiplene debeat tractari, ut in actione ad exhibendum et similibus, ut ff. ad exhib. l. 3 §. sciendum"), Odofredus ad l. 5 §. 8 D. de agn. et al. lib., gl. summatim] ad c. 5 X. ut lite non cont., Baldus ad l. 1 C. qu. app. n. rec. nr. 3, ad l. 3 §. 9 D. ad exhib. und die in Note 27 Citirten.

27) Faxiolus und nach ihm Durant. l. c. p. 21, Bart. l. c. p. 35, ad l. 15 §. 4 D. de re jud. nr. 1, Baldus ad l. 15 D. ad exhib., Lanfr. de Oriano in Repet. clem. Saepe de V. S. ad v. Simpliciter, vers. Septima, Octava, Jason ad l. 7 §. 2 D. qui satisd. cog. nr. 11 vgl. mit nr. 12—14.

28) Dies bedarf kaum eines Beweises. S. z. B. Gaill: Obs. I. 7, 107 nr. 3, Carpzov: Defin. II. 7 d. 15—17, Mevius: Desis. IV. 293 not. 3, Stryk: U. M. XXII. 3 §. 5, Leyser: Medit. IV. 259 m. 2, E. Pufendorf: Introd. in proc. civ. III. 3 §. 12, Struben: Rechtl. Bedenken V. 18, Puchta a. a. O. I. 13, Brauer a. a. O. XXV. 11. — Das Verständniß der Sache

Praxis kaum eine andere Aufgabe, als in einigen Anwendungen den Gebrauch des Calumnieneides zu fixiren, wie es z. B. durch das R. K. G. in Beziehung auf processualische Restitutionen,[29] die Nachweisung der Appellationssumme[30] u. s. w. geschehen ist.[30a]

Uebrigens begründet die summarische Cognition keine eigenthümliche Form des Verfahrens, wie sich schon daraus ergibt, daß sie nicht immer alle bei dem gestellten Antrage zur Sprache kommenden Fragen ergreift,[31] und wenn nichts desto weniger dem bei uns für dieselbe gebräuchlichen Ausdruck „Bescheinigung" das Moment der Liquidität beigelegt zu werden pflegt, wozu der Ausdruck selbst nicht berechtigt, so hat dieser Irrthum seinen Grund in dem zufälligen Umstande, daß die Zulassung eines unvollständigen Beweises häufig mit dem Erforderniß der Liquidität zusammentrifft.[32] Eben deshalb sind denn auch die der Imploration entsprechenden Einreden nicht ausgeschlossen,[33] während die auf das bevorstehende, eine definitive Entscheidung bezweckende „judicium directum" bezüglichen Einreden nur unter Voraussetzung

---

nimmt freilich ab, je weiter man sich vom Mittelalter entfernt, und erst die zwei zuletzt genannten Juristen haben die in der Praxis noch vorhandenen Momente, obwohl nicht ohne Beimischung manches Irrthümlichen, wieder in einen lebendigeren Zusammenhang zu bringen gesucht.

29) Gem. Besch. vom. 7. Juli 1669 und vom 7. Juli 1671. Vgl. zudem K. G. O. von 1521 tit. 34 §. 12, von 1555 II. 6 §. 1, Conc. von 1613 II. 6, J. R. A. §. 73, 118 und §. 78. S. auch Note 19.

30) K. G. O. von 1521 tit. 24 §. 2, von 1523 tit. 1 §. 6, von 1555 II. 28 §. 4, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 31 §. 8. S. §. 54 Note 92—95.

30a) Eine Aufzählung der Wahrscheinlichkeitsgründe geben Schneider: Vollständige Lehre vom gerichtl. Beweis §. 429, Kleiner a. a. O. §. 6.

31) So bezieht sich die summarische Untersuchung bei der a. ad exhib. nur auf die Frage, an actoris intersit, nicht auf die facultas restituendi. Cf. l. 3 §. 9 D. ad exhib. (10, 4).

32) Dieser Irrthum ist besonders ausgebildet bei Brauer a. a. O. In früherer Zeit und schon bei den Italienern war eine andere Verirrung gangbar; man vermischte die materiellen Erleichterungen des Beweises, von denen hier die Rede ist, mit den im s. g. unbestimmt summarischen Verfahren vorkommenden formellen, und wie die italienischen Juristen beide unter den Ausdruck summaria cognitio zusammenfaßten, so die deutschen unter den Ausdruck Bescheinigung. Hiergegen warnt schon Faxiolus l. c. p. 14. Die Reichsgesetze bezeichnen als Bescheinigung den einfachen Wahrscheinlichkeitsbeweis ohne alle Nebenbeziehungen, die sie, wo nöthig, immer noch besonders hervorheben. Vgl. z. B. R. A. von 1594 §. 79, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 22 §. 5, J. R. A. §. 79, 83, 103, 125.

33) Dies sagt die l. 3 §. 13 D. ad exhib. (10, 4) ausdrücklich: „De quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui in ad exhibendum actione judicat, veluti pacti conventi, doli mali, jurisjurandi, rei judicatae". Die hier erwähnten Einreden stehen der a. ad exhib. als solcher entgegen; sie sollen unbedingt berücksichtigt werden. Vgl. auch l. 5 §. 11 in f. D. de agn. et al. lib. (25, 3).

ihrer Liquidität zugelassen werden.[34] Und sollte es dem Imploraten gelingen, die erbrachte Bescheinigung durch eine Gegenbescheinigung zu widerlegen,[35] so muß, wenn nicht formelle Gründe entgegenstehen,[36] dem Imploranten bessere Bescheinigung gestattet werden.[37]

Von der Sicherung gegen den Mißbrauch der processualischen Angriffs- und Vertheidigungsmittel.

§. 30.

In den bisherigen Betrachtungen sind diejenigen Handlungen nachgewiesen worden, welche sich den Parteien als Mittel des Angriffs und der Vertheidigung darbieten. Wenn nun einerseits die Gerechtigkeit fordert, daß der Gebrauch dieser Mittel nicht willkührlich beschränkt werde, so ist doch auch andererseits nicht zu dulden, daß sie zu böswilliger Belästigung und Hinhaltung, oder vermögensrechtlicher Benachtheiligung des Gegners, oder auch nur zu leichtfertiger Anrufung der richterlichen Thätigkeit mißbraucht werden, und es hat daher die Gesetzgebung zu allen Zeiten auf die Verhütung solchen Mißbrauchs Bedacht genommen. Die Mittel, deren man sich hierzu bedient hat, sind theils Strafen (poenae temere litigantium), theils Präventivmaßregeln.

I. Die ersteren, die Strafen,[1] waren im vorjustinianeischen Rechte auf den verschiedensten Voraussetzungen und in den mannich-

---

34) Von ihnen sagt l. 3 §. 13 D. cit.: „— et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi; si obscurior, vel quae habeat altiorem quaestionem, differendam in directum judicium, re exhiberi jussa".

35) Die Zulässigkeit einer solchen nehmen in possessorio summario an Carpzov: Defin. II. 7 d. 17, Mevius: Decis. VI. 300, im Appellationsverfahren rücksichtlich der Erwachsenheit der Sache Pfeiffer: Pract. Ausführungen VI. S. 428.

36) Z. B. das Erforderniß der Liquidität, oder die Einengung der Bescheinigung in eine bestimmte Frist, sei es daß eine solche vom Richter angeordnet worden ist, oder daß der in Frage stehende Antrag in einer ohnehin laufenden Frist eingebracht und bescheinigt werden muß, wie es rücksichtlich des Fristerstreckungsgesuchs der Fall ist. Soll die Bescheinigung durch den Calumnieneid erbracht werden, so ist eine Gegenbescheinigung nur dann zu berücksichtigen, wenn sie der Ableistung des Eides zuvorkommt.

37) Pfeiffer a. a. O. (Note 35) nimmt an, daß, wenn im Apellationsverfahren die Bescheinigung der Erwachsenheit durch eine ausreichende Gegenbescheinigung widerlegt werde, ein ordentlicher Beweis zu erbringen sei, und in der 1. Aufl. war dies als die allgemeine Folge der Gegenbescheinigung bezeichnet worden. Entsprechender aber möchte die Gestattung besserer Bescheinigung sein.

1) Tit. I. de poena temere litigantium (4, 16).

fachsten Formen ausgebildet,[2] beschränken sich aber in der justinianeischen Compilation, von einigen in anderem Zusammenhange anzuführenden Nachtheilen abgesehen,[3] auf den Fall des böswilligen Leugnens, und haben selbst in dieser Beschränkung nach der Meinung der Rechtslehrer in der deutschen Praxis keine unbedingte Geltung.[4] Namentlich verwerfen Viele die Strafe des doppelten Ersatzes (lis infitiando crescit in duplum)[5] nicht bloß in Anwendung auf die actio legis Aquiliae und die Legatsklage (wenn es sich bei dieser um ein der klagenden Kirche oder milden Stiftung hinterlassenes Vermächtniß handelt),[6] sondern auch bei Privaturkunden, denen vom Probaten die Aechtheit abgesprochen oder die exceptio non numeratae pecuniae entgegengesetzt wird,[7] während man die übrigen an das muthwillige Leugnen geknüpften Nachtheile gewöhnlich noch jetzt für anwendbar hält. Es gehört dahin[8]

2) Gai. IV. 171—182. Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 178—181. Puchta: Cursus der Inst. II. §. 157. Keller: Der röm. C. Pr. §. 58. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. S. 533 fg., III. S. 233 fg.

3) Dahin gehört die Verurtheilung des Unterliegenden in die Proceßkosten, insbesondere wegen pluris petitio, ferner der (im heutigen Recht wegfallende) Eintritt der Infamie zufolge der Verurtheilung aus den infamirenden Klagen, die Anwendung des juramentum in litem wegen verweigerter Restitution u. s. w.

4) Vgl. Glück: Commentar VI. S. 185.

5) So in neuerer Zeit Glück a. a. O. X. S. 385, Heffter: System §. 133, E. Sell in den Sell'schen Jahrbüchern II. S. 245—250 (wo sich weitere Nachweisungen finden, auch über die Particulargesetzgebung), Savigny: System VII. S. 38. S. auch Rudorff in der Zeitschr. für gesch. R. W. XIV. S. 476, 477. Am zweifelhaftesten möchte nach den Ausführungen von Sell S. 450 die Frage in Betreff der Legatsklage sein. Indeß liegt kein innerer Grund vor, für sie etwas Besonderes anzunehmen.

6) §. 1 I. h. t., §. ult. I. de oblig. quae qu. ex contr. (3, 27), §. 23, 26 I. de act. (4, 6), l. 2 §. 1, l. 23 §. 10 D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 4 C. eod. (3, 35), nov. 18 c. 8 pr. — Bei der a. depositi, welche die Verurtheilung ins Doppelte zur Folge hat, wenn es sich um ein unter drängenden Umständen anvertrautes Gut handelt, liegt der Grund der Strafe nicht so sehr im Leugnen, als im dolus. Cf. l. 1 §. 1, 4 D. depos. (16, 3), §. 17, 23, 26 I. de act. (4, 6). — Ueber das ältere Recht vgl. Gai. IV. 9, 171, III. 127, 216, II. 282, Pauli R. S. I. 19 §. 1 und Zimmern III. §. 179, E. Sell a. a. O. II. 1, Huschke in der Zeitschr. für gesch. R. W. XIII. S. 273 fg., Puchta: Cursus II. §. 157, Rudorff a. a. O. XIV. 9.

7) Cf. nov. 18 c. 8 (auth. Contra qui C. de n. num. pec.) und über die Praxis Vinnius ad I. tit. de litt. oblig. nr. 12 i. f. nebst den daselbst Citirten, Stryk: U. M. XLIV. 7 §. 8 qu. 3, Lauterbach: Coll. theor. pract. XII. 1 §. 79, Sell a. a. O. II. S. 250, Rudorff a. a. O. XIV. S. 477, so wie die allgemeineren Zeugnisse der in Note 5 Citirten. Eine arbiträre Strafe soll jedoch zulässig sein.

8) In der 1. Aufl. war mit Unrecht auch die translatio possessionis hierher gezogen, welche nach l. 80 D. de R. V. (6, 1) gegen den mit der R. V.

1. die **Ausschließung des Einredebeweises**, welche den mit einer dinglichen Klage Belangten trifft, wenn er das vom Kläger zum Zwecke der Klagbegründung behauptete Eigenthum des Auctor leugnet, und sich nichts desto weniger auf ein von demselben Auctor abgeleitetes dingliches Recht beruft, um die Klage zu elidiren, ohne daß ihm übrigens auch die klagweise Geltendmachung seines angeblichen Rechts verwehrt ist;[9]

2. die **Uebertragung der Beweislast**, welche nach ähnlichen Gesichtspuncten bei der condictio indebiti in der Art eintritt, daß wenn die geleugnete Zahlung bewiesen wird, nicht mehr der Kläger das indebitum, sondern der Verklagte das debitum darzuthun hat;[10]

3. der **Verlust gewisser Rechtswohlthaten**, nämlich des beneficium divisionis (und ordinis), wenn die übernommene Bürgschaft,[11] der Competenzeinrede, wenn die Societät,[12] der noxae deditio, wenn gegenüber der a. de pauperie das Eigenthum an dem beschädigenden Thiere[13] in Abrede gestellt worden ist.

Der Leugnende unterliegt jedoch diesen Nachtheilen nur dann, wenn er dessen, was er negirt hat, anders als vermittelst der Eideszuschiebung überführt wird; sie treffen ihn also dann nicht, wenn er in Folge der Eideszuschiebung doch noch ein Geständniß ablegt, oder den Eid referirt, und dadurch den Gegner zu dessen Ausschwörung veranlaßt.[14] Auch kann der Antrag, welcher zur Verwirklichung eines solchen Nachtheils erforderlich ist,[15] durch die Nachweisung eines entschuldbaren Irrthums elidirt werden.[16]

II. Die **Präventiv-Maßregeln** andererseits werden vom Richter bald im Interesse und auf Antrag der Gegenpartei, bald

verklagten Besitzer wegen Leugnens des Besitzes verhängt werden soll. Hierbei handelt es sich nicht um eine Bestrafung des Leugnens, sondern um den bei dinglichen Klagen vor der L. C. regelmäßig eintretenden Contumacialnachtheil — §. 49 Note 26, 27 —, und dieser Nachtheil (der „Einsatz") ist durch den J. R. A. §. 36 aufgehoben worden. Vgl. §. 49 Note 60a.

9) So ist wohl die dunkle nov. 18 c. 10 zu verstehen.

10) L. 25 pr. D. de prob. (22, 3).

11) L. 10 §. 1 D. de fidejuss. (46, 1).

12) L. 67 §. 3 D. pro socio (17, 2), l. 22 §. 1 D. de re jud. (42, 1).

13) L. 1 §. 15 D. si quadrupes paup. fec. dic. (9, 1).

14) Arg. l. 30 pr. D. de jurejur. (12, 2) [über deren Erklärung zu vgl. ist **Sell** a. a. O. II. S. 209—230], nov. 18 c. 8.

15) Die Nothwendigkeit eines Antrags leugnet **Glück** VI. S. 188 wegen nov. 18 c. 8, allein für den heutigen Proceß, welcher durch das Verhandlungsprincip gebunden ist, gewiß mit Unrecht. Ueber das R. R. vgl. **Sell** a. a. O. II. S. 199.

16) Arg. l. 11 §. 10, 11 D. de I. I. J. (11, 1).

im öffentlichen Interesse und ex officio getroffen. Jenes gilt heut zu Tage von der Auflegung der Calumnieneide und Cautionen, dieses von der Erhebung der Gerichtsgebühren.

1. Der Calumnieneid[17] ist die eidliche Versicherung der Partei, die ihn schwört, daß sie in gutem Glauben handle oder handeln werde. Er soll also den Schwörenden von dem Verdacht der Calumnie, d. i. des bewußten Vorgehens mit unwahren Behauptungen oder ungerechtfertigten Anträgen befreien, und wird deshalb den Eltern (so wie dem Patron) und dem Lehnsherrn als der diesen Personen von den Kindern (dem Liberten) und dem Vasallen geschuldeten Ehrfurcht widerstreitend erlassen.[18] Ueberall da aber, wo er Statt findet, ist seine Ableistung (die übrigens durch einen Specialbevollmächtigten geschehen kann[19]), für die Zulassung der bestimmten Proceßhandlung, auf welche er Bezug hat, bedingend, und jenachdem er sich daher auf die Litis Contestation (im eigentliche Sinne), d. h. auf die ganze Procedur bezieht (jur. cal. generale), oder auf einen einzelnen Antrag (jur. cal. speciale), muß seine Ablehnung den Verlust der Sache,[20] oder die Zurückweisung des betreffenden Antrags zur Folge haben.[21]

Bei dem Zwecke nun, welchen die Calumnieneide verfolgen, kann es nicht auffallen, daß in der Anwendung derselben Gesetzgebung und Praxis starken Schwankungen ausgesetzt gewesen sind, was insbesondere

a. von dem s. g. generellen Calumnieneide gilt. Denn während noch Justinian diesen Eid nach dem Vorbilde des älteren Rechts Anfangs als einen generellen nur insofern behandelte, als derselbe die Hauptbitte, d. h. die subjective Stellung des Klägers (se non calumniae causa litem intendere) und des Verklagten (se non calumniae causa inficias ire) zum Ziele des Processes

17) Tit. C. 2, 59 de jurejur. pr. cal. dando, X. 2, 7, lib. VI. 2, 4 de juramento calumniae. — Die ältere Litteratur s. in Lipenii bibl. jurid. s. v. jur. calumniae; — eine neue Darstellung dieser Lehre gibt Goldschmidt: Abhandlungen aus dem C. Pr. Nr. 4, und sehr lehrreiche Ausführungen über dieselbe finden sich bei Zimmermann: Der Glaubenseid, Marb. 1863.

18) L. 8 §. 5 D. qui satisd. cog. (2, 8), l. 16, l. 34 §. 4 D. de jurejur. (12, 2) [und zu letzterer Stelle Cujacius: Ob. IX. 37], l. 7 §. 3 D. de obs. par. (37, 15), l. 13 §. 14 D. de damno inf. (39, 2), II. F. 24 §. 7, 33 §. 3, 4.

19) S. oben §. 25 Note 29.

20) L. 2 §. 6, 7 C. h. t. (2, 59), nov. 124 c. 1 in f., c. 7 §. 1 X. h. t. (2, 7).

21) Dieses Präjudiz, welches sich aus der Natur der Sache ergibt, findet eine ausdrückliche Bestätigung nur in l. 37 D. de jurejur. (12, 2).

betreffen sollte,[22] gaben ihm bereits spätere Verordnungen dieses Kaisers eine Beziehung auf das Verhalten der Parteien im nachfolgenden Verfahren, indem sie von jedem Theile die weitere Erklärung verlangten, daß er weder den Richter noch sonst Jemanden bestochen habe oder bestechen werde,[23] und insbesondere, daß er keinen Beweis, als den er für nothwendig halte, vom Gegner fordern wolle.[24] Dieser letzte Zusatz aber, welcher im canonischen Proceß unter dem Namen juramentum de veritate dicenda in den causae spirituales[25] (hier freilich nur vorübergehend[26]) und in einigen anderen Fällen[27] auch als selbständiger Eid anstatt des gewöhnlichen Calumnieneides zur Anwendung kam, wurde durch Praxis[28] und Reichsgesetzgebung[29] in der Art verallgemeinert, daß er auch Fristgesuche und den Gebrauch von Beweismitteln unter die Pflicht redlicher Proceßführung stellte, und erhielt dadurch eine Ausdehnung, welche alle denkbaren Proceßhandlungen der anhängigen Instanz in ihren Bereich zog. Dazu kam dann noch die Wiederholung des Calumnieneides in den Rechtsmittelinstanzen, in der Appellationsinstanz nach C. R.[30] (juramentum appellatorium), in der Revisionsinstanz nach den Reichsgesetzen[31] (juramentum revisorium). Indeß nahm in gleicher Weise, wie der Inhalt dieses Eides sich allmählich erweiterte, seine Anwendung an Umfang allmählich ab. Vordem gewissen Beschränkungen unterworfen und vom Antrage des Gegners abhängig,[32] erhielt er seine weiteste Geltung durch Justinian, welcher die Richter anwies, in jedem Processe von den Parteien unmittelbar nach der Litis Contestation und vor dem auf einen ähnlichen Zweck gerichteten Eide der

22) Gai. IV. 172, 174, 176, l. 44 §. 4 D. fam. erc. (10, 2), §. 1 I. de poena temere litig. (4, 16), l. 2 pr. C. h. t. (2, 59).
23) Nov. 124 c. 1.
24) Nov. 49 c. 3.
25) C. 2 X. h. t. (2, 7).
26) C. 1 §. 2 in VI. h. t. (2, 4).
27) Vgl. Zimmermann a. a. O. S. 174 fg.
28) Gl. existimat] ad l. 2 §. 2 C. h. t., gl. ad contradicendum] ad §. 1 I. de poena tem. litig., gl. calumniae juramentum] ad c. 1 X. h. t., Tancredus: Ordo jud. III. 2 §. 5, Gratia: De jud. ord. II. 2, Durantis: Spec. jud. II. 2 de jur. cal. §. 4.
29) R. G. O. von 1555 I. 65, Conc. der R. G. O. von 1613 I. 87, III. 38 §. 15, J. R. A. §. 43.
30) C. 2 pr. in VI. h. t. (2, 7). Der durch nov. 124 c. 1 vorgeschriebene Eid (s. Note 23) sollte bereits nach dieser Novelle auch in der Appellationsinstanz geschworen werden.
31) Dep. A. von 1600 §. 145, Conc. der R. G. O. von 1613 III. 15 §. 1.
32) Gai. IV. 172, 176.

Advocaten[33] ex officio ausschwören zu lassen, und im Falle der Eidesweigerung den Kläger als sachfällig mit der Klage abzuweisen, den Verklagten als geständig nach der Klagbitte zu verurtheilen.[34] Dadurch war der generelle Calumnieneid zu einem wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens gemacht, und selbst dem Verzicht der Parteien entzogen.[35] Nur blieb zweifelhaft, ob seine stillschweigende Omission oder verspätete Ableistung die Nichtigkeit des Verfahrens nach sich ziehe. Justinian hatte sich hierüber nicht ausgesprochen, würde aber ohne Zweifel die Frage bejaht haben. Das C. R. dagegen entschied sich verneinend,[36] und erklärte damit implicite, daß die Ableistung des Eides nicht mehr absolut nothwendig sei, obwohl es die Pflicht der Richter, sie zu fordern, bei Bestand ließ. Erst der J. R. A. §. 43. substituirte dieser Verpflichtung das richterliche Ermessen, und bereitete dadurch das thatsächliche Verschwinden des generellen Calumnieneides aus der Praxis vor. Unterliegt gleich seine fortdauernde Geltung gemeinrechtlich keinem Zweifel, so wird er doch heut zu Tage kaum irgendwo gefordert oder auferlegt werden.

Einfacher verhält es sich

b. mit den s. g. speciellen Calumnieneiden. Diese werden zum Theil, wie bereits im vorigen §. bemerkt worden ist, als Bescheinigungsmittel benutzt, und haben als solche eine flüssige, jedoch von einem festen Princip normirte Anwendung. Daneben aber kommen sie im R. R. in Verbindung mit Anträgen vor, bei denen sie den Beweis von Thatsachen nicht ersetzen, sondern lediglich dazu dienen, gegen die Chicane des Imploranten sicher zu stellen, sei es, daß diese unter den gegebenen Umständen besonders nahe liegt, oder daß sie für den Gegner mit besonderen factischen Nachtheilen verbunden sein würde, wie namentlich bei der Eideszuschiebung,[37] bei der Bitte um quaestio servorum hereditariorum,[38] beim Leugnen der von der anderen Seite behaupteten Thatsachen

---

33) L. 14 §. 1 C. de jud. (3, 1).

34) L. 2 pr., §. 6, 7 C. h. t. (2, 59), §. 1 I. de poena temere litig. (4, 16).

35) L. 2 §. 4 C. h. t. (2, 59).

36) C. 1 pr. §. 1 in VI. h. t. (2, 4). S. auch R. G. O. von 1555 III. 13 §. 2, Conc. der R. G. O. von 1613 III. 15 §. 1.

37) L. 34 §. 4, l. 37 D. de jurejur. (12, 2), l. 11 §. 1 D. rer. amot. (25, 2), l. 9 C. de reb. cred. (4, 1), l. 32 C. de fideicomm. (6, 42), Pauli R. S. II. 1 §. 2.

38) L. 1 §. 1 C. h. t. (2, 59), l. 18 C. de quaest. (9, 41).

und bei der Diffession von Urkunden,[39] beim Erbieten zur Schriftenvergleichung,[40] so wie endlich bei der vierten Benennung von Zeugen.[41] In diesem letzten Falle erwähnt ausdrücklich auch das C. R. den Calumnieneid,[42] außerdem aber in einigen anderen der geistlichen Jurisdiction angehörigen Fällen,[43] und da die Frage entstand, ob nach Ableistung des im R. R. vorgeschriebenen und durch die Praxis auf das ganze zukünftige Verfahren bezogenen generellen Calumnieneides überhaupt noch ein specieller veranlaßt sei,[44] so verordnete Bonifaz VIII., der Richter solle in allen Sachen, so oft es ihm zweckmäßig scheine, einen solchen Eid (er nennt ihn juramentum malitiae) auferlegen.[45] Hierdurch ist nun allerdings jede äußere Schranke beseitigt, zugleich aber der Anwendung eine innere gesetzt, welche es rechtfertigt, daß die neuere Praxis auch in den durch die Gesetze ausgezeichneten Fällen, und diese sind durch die Reichsgesetze wieder um einige vermehrt worden (juramentum dandorum für die Positionen, juramentum respondendorum für die Responsionen),[46] das juramentum malitiae nur dann für zulässig hält, wenn wirklich ein Verdacht der Chicane vorliegt.[47]

2. Die Cautionen[48] kommen hier nur in einer der man-

---

39) L. 1 pr. C. h. t. (2, 59). Dieser Eid ist durch nov. 49 c. 3 in den allgemeinen Calumnieneid aufgenommen worden. S. Note 24, und §. 24 Note 82.

40) Nov. 73 c. 7 §. 3. S. §. 24 Note 76.

41) Nov. 90 c. 4.

42) C. 15, 55 X. de test. (2, 20).

43) C. 13 X. de rest. spol. (2, 13), c. 32 X. de elect. (1, 6).

44) Das R. R. ließ in dieser Beziehung einen Zweifel — vgl. l. 2 §. 2 i. f. C. h. t. (2, 59) mit nov. 49 c. 3 und nov. 73 c. 7 §. 3 —, und die gl. ad auth. Hoc sacramentum C. h. t. machte auf diesen Zweifel aufmerksam.

45) C. 2 §. 2 in VI. h. t. (2, 4).

46) Not. O. von 1512 tit. 3 §. 3, 4, K. G. O. von 1555 I. 70—73, III. 15 §. 1, D. A. von 1600 §. 123, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 89, 90, III. 15 §. 2, und dazu Zimmermann a. a. O. §. 37, 38. — Das in dem Conc. der K. G. O. von 1613 I. 92, III. 21 §. 11 vorkommende juramentum quartae dilationis ist eben so wie der in nov. 90 c. 4 angeordnete Eid zunächst Bescheinigungsmittel, dient aber zugleich zur Abwehr einer auf Verschleppung des Processes gerichteten Chicane.

47) Vgl. Gaill: Obs. I. 87 nr. 3, J. H. Boehmer: J. E. P. II. 7 §. 8 (besonders die daselbst citirte Braunschweigische O. A. Ordnung II. 7 §. 1), Leyser: Medit. II. 140 m. 2, Malblanc: Doctrina de jurejur. §. 54, Danz: Grundsätze §. 376 e, Strippelmann: Neue Sammlung bem. Entsch. III. 1 S. 410.

48) Tit. I. 4, 11 de satisdationibus. D. 2, 8 qui satisdare cogantur. 46, 5 de praetoriis stipulationibus. 46, 7 judicatum solvi. Pauli R. S. I. 11. — Goeddaeus: Diss. de satisdatione pro expensis et reconventione, Marb. 1683. Schlayer: Die Lehre von den Cautionen im C. Pr., in

nichfachen Anwendungen in Betracht, welche ihnen das R. R. zum Zwecke der Feststellung und Sicherung der Rechtsverhältnisse anweist. Denn wir scheiden nicht nur die cautiones conventionales,[49] sondern auch diejenigen c. necessariae aus, von deren Ableistung im römischen Proceß der judex die Condemnation oder Absolution abhängig machte, so oft es eine Unbilligkeit abzuwenden galt, welche die unbedingte Condemnation oder Absolution für den Verklagten oder Kläger gehabt hätte, die c. judiciales.[50] Wir übergehen ferner unter den prätorischen Cautionen die c. cautionales, welche einen neuen Anspruch begründen, und heut zu Tage Gegenstand besonderer Klagen sind,[51] und fassen nur diejenigen ins Auge, welche die eine Partei gegen die ihr aus der Proceßführung der anderen drohenden Vermögensnachtheile sicherstellen sollen, die cautiones judiciales in einem anderen Sinne als dem obigen.[52] Von diesen Cautionen aber sind die durch die processualische Vertretung veranlaßten bereits in §. 9 dargestellt worden, und es fragt sich also jetzt noch, welche Cautionen bei Einleitung des Verfahrens von den Parteien selbst zu leisten seien. Hierüber nun hat Justinian neue, von den älteren durchaus abweichende Bestimmungen getroffen, welche, obschon später bedeutend modificirt, doch die Grundlage dieser Lehre geblieben sind.

a. Der Verklagte mußte vordem, wenn mit einer dinglichen

---

der Zeitschr. für C. R. und Pr., N. F. IX. 1, 10. Wach: Der Arrestproceß in seiner geschichtlichen Entwickelung, I. Thl. (Der ital. Arrestpr.), Leipz. 1868.

49) Die Eintheilung der Cautionen in necessariae und voluntariae findet sich beiläufig in l. 7 §. 1. D. qui satisd. cog. (2, 8); außerdem werden die mit letzteren gleichbedeutenden conventionales erwähnt in pr. I. de div. stip. (3, 18).

50) Pr. I. de div. stip. (3, 18): „Stipulationum aliae sunt judiciales, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes, tam praetoriae, quam judiciales“. — In §. 1 werden dann die judiciales als solche bezeichnet, „quae a mero judicis officio proficiscuntur“, sie kommen in den römischen Rechtsquellen sehr häufig vor.

51) L. 1 pr. D. de praet. stip. (46, 7): „Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species: judiciales, cautionales, communes“. Von den c. cautionales heißt es in §. 2: „Cautionales autem sunt, quae instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti“.

52) L. 1 §. 1 D. eod.: „Judiciales eas dicimus, quae propter judicium interponuntur, ut ratum fiat, ut judicatum solvi, et ex operis novi nuntiatione“. Als communes, d. h. tam cautionales, quam judiciales, führt l. 1 §. 3 D. eod. die stipulationes an, „quae fiunt judicio sistendi causa“; diese sind aber mit der aus der c. judicatum solvi hervorgegangenen, in der Praxis s. g. c. judicio sisti nicht identisch, haben vielmehr ihre frühere Bedeutung zufolge der veränderten Einleitung des Processes verloren. S. Note 58.

Klage belangt, dem Kläger durch die cautio judicatum solvi die litis aestimatio für den Fall garantiren, daß er die Restitution verweigern (clausula de re judicata), oder sich nicht gehörig vertheidigen (cl. de re defendenda), oder sich eines dolus schuldig machen sollte (cl. de dolo malo),[53] widrigenfalls der Besitz von ihm auf den Kläger transferirt wurde.[54] Nach dem justinianeischen Rechte soll er diese Caution nur noch ausnahmsweise, und zwar als verdächtiger Besitzer beweglicher Sachen[55] und als Nunciat[56] zu leisten schuldig sein, dagegen ohne Unterschied der Klagen caviren, daß er im Proceß bis zu Ende ausharren wolle.[57] Aus einer Caution sind also zwei geworden, da die neu eingeführte ihrem Inhalte nach mit der in der cautio judicatum solvi enthaltenen cl. de re defendenda zusammenfällt, und als eine generelle, alle

---

53) L. 6 D. jud. solvi (46, 7): „Judicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re judicata, de re defendenda, de dolo malo". Ueber den Inhalt dieser Clauseln vgl. Wetzell: Der röm. Vindicationsproceß S. 159 fg.

54) Cf. Gai. IV. 89—91, l. un. C. uti possid. (8, 6), pr. I. h. t. (4, 11), und dazu Rudorff in der Zeitschr. für gesch. R. W. IX. 2, Wetzell a. a. O. S. 105.

55) L. 7 §. 2 D. qui satisd. cog. (2, 8): „Si satisdatum pro re mobili non sit, et persona suspecta sit, ex qua satisdatio desideratur, apud officium deponi debebit, donec vel satisdatio detur, vel lis finem accipiat". Vgl. auch l. 16 D. de off. praes. (1, 18).

56) Daß die Caution des Nunciaten denselben Inhalt hat, wie die cautio judicatum solvi, beweist l. 21 §. 2, 4 D. de O. N. N. (39, 1). — Andere Ueberbleibsel des älteren Rechts finden sich in den heut zu Tage nicht mehr practischen Fällen der l. 1 §. 1 C. de assert. toll. (7, 17) und der l. 20 C. de agric. et cens. (11, 47).

57) Die nov. 53 praef., c. 1, 3 pr., §. 2, c. 4 pr. — vgl. auch l. 25 §. 1, 2, l. 33 §. 2, 3 C. de episc. et cler. (1, 3), l. 4 §. 1 (rest.) C. de sport. (3, 2), l. 8 C. de princ. ag. in reb. (12, 22), l. 4 C. de castr. (12, 26), l. 3 C. de priv. schol. (12, 30) — erwähnt eine unmittelbar nach der Insinuation der Klage zu leistende Caution, durch welche der Verklagte sich verpflichtet, innerhalb einer vom Kläger vorgezeichneten Frist vor Gericht zu erscheinen. Daneben aber bemerkt Justinian in pr. I. h. t. (4, 11): „Olim —, si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, quae satisdatio apellatur judicatum solvi. — — §. 1. Si vero in personam — — aliquis judicium accipiebat —, judicatum solvi satisdare non cogebatur. §. 2. Sed haec hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam —, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur, sed pro sua tantum persona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis." Offenbar ist die hier genannte Caution von der der nov. 53 verschieden, ob sie aber gleichzeitig mit dieser oder bei der Litis Contestation zu leisten sei, wird nicht gesagt. Für die gleichzeitige Leistung spricht nun wohl die Analogie der l. 8. §. 7 (rest.) C. de delat. (10, 11) und dessen, was nach Note 64 von den Cautionen des Klägers gilt, vielleicht auch der Umstand, daß in nov. 53 c. 3 pr. von mehreren Cautionen („τὰς ἀσφαλείας") die Rede ist. Vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. S. 250. Jedoch ist die Caution der nov. 53 als eine besondere in die Praxis nicht aufgenommen worden.

Termine umfassende cautio judicio sisti bezeichnet werden kann.[58] Beide Cautionen aber sind in die neuere Praxis nicht ohne bedeutende Modificationen übergegangen. Die c. judicio sisti ist nach Analogie der c. judicatum solvi auf den Fall einer besonderen Gefahr beschränkt,[59] und umgekehrt die c. judicatum solvi auf persönliche Klagen ausgedehnt worden.[60] Wogegen die Caution des Nunciaten zwar keine Aenderung erlitten hat, aber doch

58) Vgl. Schlayer a. a. O. IX. S. 227, der jedoch in jener Caution Justinians eine Erweiterung der alten cautio judicio sisti sieht, was nicht ohne practische Folgen ist. S. z. B. l. 2 §. 2, 3 D. quis satisd. cog. (2, 8).

59) Das C. R. erwähnt die s. g. c. judicio sisti (unter dem Namen c. de juri parendo) nur bei Gelegenheit der contumacia des Verklagten. Cf. c. 1 X. de dolo et cont. (2, 14), c. 1 X. de sequ. poss. et fr. (2, 17). Dagegen wurde sie in der Praxis ohne Zweifel vorzugsweise nur beim Verdacht der Flucht gefordert, woraus sich in der Theorie die Ansicht bildete, daß die Gefahr der Flucht der gesetzliche Grund der Cautionsleistung sei, und deshalb die Freiheit von derselben nicht bloß den mit Immobilien Angesessenen (l. 15 D. qui satisd. cog.), sondern auch Anderen, die ihren Verhältnissen nach der Flucht nicht verdächtig seien, z. B. den Besitzern werthvoller, nicht leicht zu beseitigender Mobilien zukommen müsse. Cf. Cynus ad l. 15 pr. D. qui satisd. cog., Bart. eod. nr. 5, Bald. ad l. 7 §. 2 D. eod. nr. 2, Jo. Andr. in add. Vero] ad Spec. II. 1 de satisd. §. 1, Ang. Aret. ad tit. I. de act. §. actio autem nr. 10, Paulus de Castro ad l. 15 pr. D. cit. nr. 8, Maranta: Spec. aur. VI. de satisdat. nr. 2. So auch das schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 93. Unter diesen Umständen war es nicht viel mehr als eine Aenderung des Ausdrucks, wenn die deutschen Juristen mit Umgehung des §. 2 I. h. t. (4, 11) den Verklagten zur Leistung der c. jud. sisti nur noch ausnahmsweise da verpflichteten, wo die Gefahr begründet war, daß er sich durch die Flucht oder sonst wie dem Gerichte entziehen werde. Vgl. Chil. König: Proceß c. 47, Chil. Goldstein: Proc. jud., Frankf. 1585 S. 30, Coler: Proc. exec. III. 11 nr. 92 Vultejus: De judic. II. nr. 285, Ummius: Disp. ad proc. jud. IX. 15, Carpzov: Defin. I. 5 d. 30 und Proc. jur. IX. 5 nr. 12, Mevius: Decis. I. 177, Stryk: U. M. II. 8 §. 2, Lauterbach: Coll. theor. pract. II. 8 §. 21, Schilter: Exerc. ad pand. VII. 14, Glück: Comm. III. S. 443, Schlayer a. a. O. IX. S. 236.

60) Als Mittel, die Relaxation des Arrestes zu erwirken, kommt die c. jud. solvi bei persönlichen Klagen von jeher vor; daß sie aber auch neben diesen Klagen Gegenstand einer accessorischen Bitte sein könne, ist nur sehr allmählich angenommen worden. Durantis: Spec. jud. II. 1 de satisd. §. 2 nr. 4 spricht sich noch dagegen aus (die in IV. 2 rubr. de sequestr. nr. 2 erwähnte Ansicht einiger anderen Juristen [„Dicunt quidam"] bezieht sich auf die c. judicio sisti), die späteren italienischen und die deutschen Juristen aber sprechen sich in den seltenen Fällen, in denen sie die Frage erwähnen, durchgehends dafür aus, wie es bei dem engen Zusammenhange, der zwischen dem in Italien vorzugsweise durch die Stadtrechte ausgebildeten Arrest und der c. judicatum solvi besteht — vgl. Wach a. a. O. I. §. 10 —, in der That auch nicht anders sein kann. Cf. Bald. ad l. 14 D. de pign., Ang. Aret. ad tit. I. de act. §. actio autem nr. 4, Paulus de Castro ad l. 7 §. 2 D. qui satisd. cog., Rotschitz: Processus juris art. 12, Schneidewin ad §. 2 I. h. t. nr. 8, Mevius: Decis. I. 177, III. 75, Stryk: U. M. II. 8 §. 3, Coch: Praxis fori germ. IV. 11 §. 3, Wernher: Obs. IX. 90, Boehmer: Introd. in jus Dig. II. 8 §. 10, Hellfeld: Jurispr. for. §. 245, Estor: Anfangsgründe des gem. und Reichspr. §. 2156, Danz: Grundsätze §. 464, Glück: Commentar III. S. 443.

unter den Proceßcautionen nicht mehr aufgeführt zu werden pflegt, weil sie wegen der ipso jure eintretenden Wirkung der Nunciation nicht der Gegenstand einer processualischen Verpflichtung, sondern das Mittel zur Wiedererlangung eines verlorenen Vortheils zu sein scheint, in ähnlicher Weise, wie im justinianeischen Rechte die Cautionsleistung in Erbschaftsprocessen die Bedingung für die Gestattung nothwendiger Veräußerungen ist.[61] Nach der heutigen Praxis ist also nicht bloß die c. judicio sisti, sondern auch die c. judicatum solvi auf alle Gattungen von Klagen anwendbar, und nur der Verdachtsgrund, durch dessen Bescheinigung der auf ihre Bestellung zu richtende Antrag begründet werden muß, ist bei beiden verschieden. Denn die erste setzt den Verdacht voraus, daß sich der Verklagte (als fugae suspectus, recessurus, Fremder) dem Gerichtszwange entziehen, die andere, daß er (als alienationis aut dilapidationis suspectus, unter Umständen auch als fugae suspectus, oder Fremder) die Execution des gegen ihn ausfallenden Urtheils erschweren oder gar unmöglich machen werde.[62] Durch diese Gestaltung der Sache aber hat die Cautionspflicht des Verklagten ihren naturgemäßen Abschluß erhalten. Sie gibt dem Kläger reelle Sicherheit gegen jeden Versuch, der gemacht werden könnte, die Durchführung seines Anspruchs auf den verschiedenen Stufen des Verfahrens zu hindern, sei es die Verurtheilung durch Verweigerung der Defension (condemnari oportere), oder die Befriedigung durch Beseitigung der Zahlungsmittel (judicatum solvi oportere), und gleichwohl entzieht sie dem Verklagten nicht ohne Grund das moralische Vertrauen, auf welches er an sich Anspruch hat. — Was dagegen andererseits

b. den Kläger anbelangt, so macht dessen Stellung zur Sache, da er schlimmsten Falls mit seiner Klage abgewiesen wird, die Besorgniß einer materiellen Benachtheiligung zunächst unmöglich, selbst dann, wenn er durch den nachlässigen Betrieb der Klage dem Verklagten die Erwirkung der Absolution erschweren sollte. Nach dem vorjustinianeischen Rechte ist deshalb der Kläger ganz cautionsfrei,[63] und obwohl er von Justinian mit verschiedenen gegen

61) L. 5 pr. D. de H. P. (5, 3).

62) Man sieht hieraus, daß beide Cautionen weder in ihren Voraussetzungen, noch in ihrem Zwecke absolut verschieden sind; jede c. jud. solvi schließt vermöge der clausula de re defendenda die c. jud. sisti in sich, aber nicht umgekehrt. Auch bildet den Gegenstand beider das quanti ea res est.

63) Gai. IV. 96, 100, pr. §. 1 I. h. t. (4, 11).

seine mögliche Contumacia gerichteten Cautionen belastet worden ist,[64] so haben sich dieselben in der Praxis doch nicht halten können.[65] Nur eine Bestimmung des C. R. gilt noch jetzt für anwendbar. Nach ihr soll der Kläger wegen Versäumung eines von ihm ausgewirkten Termins nicht bloß die Kosten dieses Termins tragen, sondern auch mit der Bitte um Anberaumung eines neuen so lange überhört werden, bis er für sein Erscheinen, d. h. für die aus seiner erneuerten Contumacia erwachsenden Kosten genügende Sicherheit leistet.[66] Dies ist die s. g. c. de lite prosequenda. In der That erscheint aber der Verklagte in Rücksicht auf den Kostenersatz, und wegen jeder selbständigen Klage, welche er seinem Gegner in demselben Gerichte widerklagend entgegensetzt, selbst als Kläger, und es ist daher vollkommen consequent, daß ihm in der Praxis ein Anspruch auf c. pro expensis und c. pro reconventione nach den nämlichen Gesichtspuncten eingeräumt wird, welche so eben (unter a.) für das ursprüngliche Streitverhältniß aufgestellt worden sind. Es setzen also auch diese Cautionen die Bescheinigung einer Gefahr voraus, und sind nach deren Verschiedenheit entweder nur auf die Vertheidigung, wie mitunter die c. pro reconventione, oder auch auf die Befriedigung zu richten.[67]

---

64) Nach nov. 96 praef., c. 1 und nov. 112 c. 2 — vgl. auch nov. 53 praef., c. 1, 2 — ist die Ladung des Verklagten davon abhängig, daß der Kläger cavirt, 1. innerhalb zweier Monate Litem zu contestiren, und im Falle der Versäumung dem Verklagten den doppelten Betrag des ihm dadurch zugefügten Schadens, jedoch nicht über 36 aurei hinaus zu erstatten, 2. die Klage bis zum Endurtheil zu verfolgen, und wenn er unterliege, den 10. Theil des Streitobjects an den Verklagten als Kostenersatz zu zahlen. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. III. S. 247.

65) Gl. nullam satisdationem] ad §. 2 I. h. t., Jo. Bassianus: Summa „Quicunque vult“ bei Savigny: Gesch. des R. R. im M. A. IV. S. 551, Pillius: De ord. jud. I. §. 1 (ed. Bergm. p. 5), Tancredus: Ordo jud. II. 14, Dur. II. 1 de satisdat. §. 1 nr. 1 und Jo. Andr. in add. Praevalente] ad h. l., Bartolus ad auth. Generaliter C. de episc. et cler., Baldus eod. nr. 9 in f., Joa. Petrus de Ferrariis: Prax. aur. IV. gl. 8 Debite satisdare], Jacob Kobel: Proceß der Gerichtsordnung, 1529 V. 6 (bezüglich der nov. 96 c. 1), Chil. König: Proceß c. 46 nr. 2, Mynsinger ad 2 I. h. t. nr. 2, Matth. Colerus: Decis. 105 nr. 2, Ummius: Disp. ad proc. IX. 12, Zanger: Tr. de except. II. 21 nr. 7 (die beiden letzten jedoch nicht unbedingt), Carpzov: Defin. I. 5 d. 1 nr. 4, Stryk: U. M. II. 8 §. 6, Claproth: Einleitung II. §. 140 Note 2, Glück: Commentar III. S. 440.

66) C. 1 in VI. de dolo et cont. (2, 6).

67) Nach diesen Gesichtspuncten wurde in der ital. Praxis die c. pro reconventione als eine zur Widerklage (nicht zur Klage) zu leistende c. de juri parendo et de judicatum solvendo behandelt, und sowohl von den Juristen als von den Stadtrechten (von letzteren neben der c. pro expensis

Alle diese Cautionen nun sollen dem Berechtigten reelle Sicherheit gewähren, und sind daher regelmäßig durch Bürgen[68] oder — wie die Praxis hinzufügt — durch Pfänder[69] zu bestellen.

---

besonders den Ausländern auferlegt. Cf. Ang. de Ubaldis ad l. 14 D. qui satisd. cog., Alex. Tart. ad l. 15 §. 1 D. eod., Maranta: Aur. prax. VI. de satisd. nr. 11, und Stat. Perusii II. 6, 8, 13, Stat. Cesenae I. 9, Stat. Ferrariae II. 13, Stat. Luccae I. 145, Stat. Eporediae (ed. Taur. 1838) p. 471, Stat. Montiscalerii (nach ders. Aus.) p. 1368, Stat. Brixiae, civ. 93, Stat. Eugubii II. 14. — Die c. pro expensis aber beruhte in Italien überhaupt nur auf den Stadtrechten, und die Beschränkungen, denen sie hier unterworfen war, widerlegen die Meinung des Jo. Petr. de Ferrariis l. c. (Note 65), welcher in dieser statutarischen Anerkennung eine einfache Wiederaufnahme der nov. 112 c. 2 (Note 64) sieht. — Bei den deutschen Processualisten kommen beide Cautionen frühzeitig neben einander vor (vgl. z. B. Rotschitz a. a. O. art. 12, Chil. König a. a. O. c. 46 nr. 2), ohne daß sie aus dem einheimischen Recht, welches vom Kläger und vom Verklagten Bürgschaft wegen Fortführung des Processes forderte (Sächs. Ldr. II. 9, Dsp. c. 104, Schwäb. Ldr. [ed. Gengler] c. 93), mit Grund könnten abgeleitet werden, und sie haben seitdem in der Praxis die der Natur der Sache entsprechende Geltung behauptet. Zwar ist wieder von Manchen die gemeinrechtliche Geltung der nov. 112 angenommen worden, z. B. von Kobel, Ummius, Zanger a. a. O. (Note 65), Andere haben die c. pro reconventione nach dem Vorgange des älteren sächs. Processes, welcher die Verhandlung der Widerklage bis zur Erledigung der Klage hinausschob (Sächs. Ldr. III. 12, und dazu gl. ad h. l.), zu einer c. jud. sisti wegen der demnächst anzustellenden Widerklage machen wollen (vgl. die Nachweisungen bei Schlayer a. a. O. IX. S. 265 Note 327). Allein eine überwiegende Auctorität haben diese Ansichten nicht erworben, während die richtige Auffassung wenigstens in Beziehung auf die c. pro expensis eine bedeutende Unterstützung durch die R. G. O. von 1555 III. 49 §. 8 und das Conc. von 1613 III. 58 §. 7 (in Anwendung auf Ausländer) erhalten hat. Particularrechtlich ist jedoch der Kläger hie und da immer zur c. pro expensis verpflichtet, wenn er nicht im Inlande mit Grundstücken angesessen ist.

68) L. 1 §. 5—8, l. 7 D. de praet. stip. (46, 5). — Das R. R. läßt Pfänder nicht zu [außer im Fall der l. 1 §. 9 D. de collat. (37, 6)], womit auch das ältere deutsche Recht übereinstimmt. Vgl. Sächs. Ldr. I. 61 §. 1, II. 5 §. 1, 9 §. 2, 10 §. 2, III. 9 §. 1, 10 §. 2, Dsp. c. 85, 104, 211, 214, Schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 78 §. 1, c. 93, 217.

69) Die gl. fidejussoribus] ad l. 1 D. qui satisd. cog. und die gl. satisdationis] ad l. 7 D. de praet. stip. finden die Befugniß des Cautionspflichtigen zur Bestellung von Pfändern schon im R. R., gewöhnlich aber wird dieselbe aus Gewohnheitsrecht abgeleitet. Cf. Jo. Bassianus: Summa „Quicunque vult“ bei Savigny: Gesch. des R. R. im M. A. IV. S. 550 („Ex consuetudine tamen hominum modernorum non praestantur satisdationes. — Sed quia irrepsit utilitas pignorum [est enim utilius pignori incumbere, quam in personam agere, et plus est cautionis in re, quam in persona], ideo nova hominum consuetudo, ferrea et tenacissima nova aetas accipit pignora, ab utroque i. e. reo et actore“), Pillius: De ord. jud. I. §. 1, Tancredus: Ordo jud. II. 15 §. 1, gl. fidejussione] ad c. 2 C. 3 qu. 3, gl. sufficientem] ad c. 1 X. de sequ. poss. et fr., Dur. II. 1 de satisd. §. 2 nr. 2 und Jo. Andr. in add. vero] ad h. §., Bart. ad l. 1 D. qui satisd. cog. nr. 2, Baldus eod. nr. 1, ferner Kobel a. a. O. V. 6, Rotschitz a. a. O. art. 12, Justin Gobler: Spiegel der Rechten VII. Von Satisdation, König a. a. O. c. 46 nr. 2, Math. Wesembeck ad tit. Dig. qui satisd. cog. nr. 2, Gaill: De arrest. 3 nr. 4, Zanger: De exc. II. 21 nr. 16, Carpzov: Defin. I. 5 d. 7, Stryk: U. M. II. 8 §. 8, Mevius: Decis. II. 256 nr. 5,

Eine besonders bequeme Art der Pfandbestellung aber ist die gerichtliche Deposition einer Geldsumme, welche der Richter der Größe des zu sichernden Interesses entsprechend festsetzt, und die er, wenn das Interesse des Cautionsberechtigten im Laufe des Processes steigt, wie es in Betreff der Proceßkosten vorkommen kann, auf Antrag durch Nachzahlungen erhöhen läßt. Im Uebrigen unterliegt die Cautionsleistung ganz den Grundsätzen, welche in den Systemen des Civilrechts über die Beschaffenheit der nothwendigen Bürgschaften, die Zulassung juratorischer Sicherheit und über die Ausnahmen der Cautionspflicht vorgetragen werden.[70] Der Antrag auf Cautionsleistung aber ist, falls der Verdacht nicht erst später entsteht, seitens des Klägers mit der Klage, vom Verklagten wegen der c. pro expensis mit der Einlassung, und rücksichtlich der Widerklage mit dieser zu verbinden,[71] auch immer sofort mit der erforderlichen Bescheinigung der drohenden Gefahr zu versehen. Unter dieser Voraussetzung erläßt der Richter ohne vorgängige Vernehmung des Gegners die entsprechende Auflage, und gibt derselben, wenn ihre Zurücknahme nicht noch auf dem Wege der Remonstration veranlaßt wird, im Falle des Ungehorsams auf Anrufen des Imploranten weitere Folge. Hierzu bietet sich als geeignetes Mittel bei den Cautionen des Klägers vor der L. C. die Zurückweisung der Klage (auf Grund der exc. deficientis cautionis pro expensis v. pro reconventione), nach derselben die Sistirung des Verfahrens, und wenn diese nach Lage der Sache nicht genügen sollte, so wie überall bei den Cautionen des Verklagten die Arrestanlage. Diese wird wo möglich über das gefährdete Object selbst verhängt,[72] sie kann sich aber auf Alles richten, was die erforderliche Sicherheit zu gewähren im Stande ist, im Nothfalle sogar auf die cautionspflichtige Partei, den Imploraten, und sie besteht darin, daß das für den Arrest bestimmte Object der freien Verfügung des Imploraten entzogen wird.[73]

Estor: Anfangsgründe des gem. und Reichspr. §. 2136, Glück: Commentar III. S. 450, Schlayer a. a. O. IX. S. 198 fg.

70) Glück III. S. 449 fg., Göschen: Vorlesungen §. 132, Schlayer IX. S. 190 (welcher eine sehr befriedigende Darstellung dieses Gegenstandes gibt.)

71) Die Belege aus der Praxis gibt Glück III. S. 441 Note 52.

72) Dieser Fall wird vom R. R. selbst in l. 7 §. 2 D. qui satisd. cog. (2, 8) entschieden. Vgl. auch l. 16 D. de off. praes. (1, 18) und die am Schluß der Note 56 angeführten Stellen.

73) Ueber die Arrestanlage überhaupt vgl. Bayer: Theorie der summ. Pr. 7. Aufl. §. 21, 22.

Sachen wird der Richter je nach ihrer Beschaffenheit bald zu gerichtlichem Depositum nehmen, bald unter die Aufsicht eines Sequester stellen; handelt es sich um Forderungen, so untersagt er dem Schuldner die Zahlung; den Personalarrest vollzieht er durch die Verhaftung des Imploraten, und läßt in allen diesen Fällen den Arrest so lange fortdauern, bis entweder die verlangte Caution geleistet, oder dem Zweck derselben auf andere Art genügt worden ist.

Eine ganz ähnliche Anwendung findet die Arrestanlage im Arrestprocesse. Hat der Verklagte den Nachtheil, welchen als einen noch drohenden die Cautionsleistung hätte abwenden können, bereits zu verwirklichen begonnen, oder würde er durch die Anstellung der Klage voraussichtlich dazu veranlaßt werden, so tritt die factische Sicherstellung des Klägers in den Vordergrund, und die Feststellung des Klaganspruchs wird selbst nur ein einzelnes Moment in dem mit der Arrestanlage beginnenden Executiv-Verfahren. Indeß ist davon in der Lehre von den summarischen Processen zu handeln.

Dagegen muß hier noch erwähnt werden, daß die Gesetze mitunter die Sequestration des Streitobjects im Zusammenhange mit dem ordentlichen Verfahren vorschreiben, ohne derselben die Auflage einer Caution vorausgehen zu lassen. Es kommt dies in zwei Fällen vor.

Erstens, wenn auf Restitution geklagt worden ist, und demnächst entweder gegen die Verurtheilung, oder gegen den modus executionis appellirt wird, indem hier beim Streit über Mobilien diese selbst und beim Streit über Grundstücke deren Früchte,[74] dort aber nur im Proceß über Grundstücke wegen Gefahr der Verschleuderung die Früchte sequestrirt werden sollen.[75]

Zweitens, wenn ein Kind auf Grund der väterlichen Gewalt mit dem interdictum de liberis ducendis zurückgefordert wird,[76] oder eine Frau, sei es daß sie die Eingehung der Ehe verweigert, sei es daß sie die Gültigkeit einer eingegangenen Ehe bestreitet, nicht bloß Subject, sondern gleichsam auch Object des durch ihr Verhalten veranlaßten Processes ist,[77] und die Nachtheile, welche aus

---

74) L. 5 C. quorum appell. non recip. (7, 65).

75) L. 21 §. 3 D. de appell. (49, 1), c. 3 X. de sequ. poss. et fruct. (2, 17), c. un. in Clem. eod. (2, 6). Vgl. auch Pauli R. S. V. 36.

76) L. 3 §. 6 D. de lib. exhib. vel ducendis (43, 30).

77) C. 14 X. de sponsal. (4, 1), c. 8, 13 X. de rest. spol. (2, 13).

den für die Dauer des Processes an sich gegebenen Verhältnissen dem Kinde oder der Frau drohen, eine Sequestration empfehlen.

Die Abweichung von dem regelmäßigen Verfahren ist jedoch in jenem ersten Falle bloß formeller Art, weil durch eine nachfolgende Cautionsleistung augenblicklich die Aufhebung der Beschlagnahme bewirkt werden kann. Nur in dem zweiten hat sie reelle Bedeutung, und besteht hier gerade in der Ausschließung der zur Sicherung der persönlichen Integrität nicht geeigneten Cautionen. Auch ist es ohne alle Analogie, daß die Frau nicht in ihres Gegners, des Mannes, sondern in ihrem eigenen Interesse sequestrirt wird. Gleichwohl darf behauptet werden, daß die Sequestration eben so wie die c. judicatum solvi das Interesse, welches die eine Partei am Proceßobject hat, gegen die nachtheiligen Einwirkungen der anderen sicherstellen soll.

In einer einzelnen ganz singulären Beziehung aber ist der Sequestration von der Praxis und den Reichsgesetzen ein anderer, öffentlicher Zweck unterstellt worden, welchen der Richter nicht sowohl im Interesse einer Partei, als in dem des Staates zu wahren verpflichtet ist.[78] Bei Streitigkeiten über den Besitz nämlich gibt die Unentschiedenheit des Besitzstandes den Parteien häufig den Anlaß, unter dem Vorwande der Vertheidigung zu gewaltthätigen Handlungen zu schreiten, welche vermieden werden, wenn das Streitobject bis zum gerichtlichen Austrag der Sache ihrer Eigenmacht entzogen wird. In diesem Sinne wurde der Richter von den italienischen Juristen mit Berufung auf l. 13 §. 3 D. de usufructu (7, 1) zunächst für berechtigt erklärt, den mit Waffengewalt einander bedrohenden Parteien von Amts wegen jede Besitzhandlung zu untersagen oder durch die Sequestration des Streitobjects unmöglich zu machen, und damit die Einleitung eines außerordentlichen Verfahrens über die Besitzesfrage zu verbinden.[79]

78) Vgl. über das Folgende, außer den in Lipenii bibl. jurid. s. v. possessorium angeführten älteren Schriftstellern, Savigny: Das Recht des Besitzes §. 51, Bayer: Theorie der summ. Pr. 7. Aufl. §. 65 fg. und besonders Bruns: Das Recht des Besitzes im M. A. und in der Gegenwart §. 28, 33, 44 (S. 375—383), 45 (S. 397—406).

79) Innoc. ad c. 8 X. de prob., Host. ad idem c., Dur. II. 1 de petit. et poss. §. 1 nr. 38, IV. 1 de lib. conc. §. 9 nr. 14, Jo. Andr. ad h. l. s. v. §. 1 in fine], und außer diesen von Bruns S. 233 fg. citirten Schriftstellern das rescr. Caroli regis Neapol. von 1274 bei Vitale: Storia dipl. de' Senatori di Roma I. p. 157 („— Cum super domibus Alpinorum nuper inter Anibaldenses et Ursinos quaestio sit exorta, et dubitetur inde scandalum generari, nos volentes hujusmodi scandalo, sicut convenit, ob-

Da man jedoch bald einsah, daß wenn eine Partei entschieden im Besitz sei, jene vorläufige Verfügung über den Besitz eine Unbilligkeit enthalte, so ließ man derselben eine schleunige Untersuchung der Sachlage vorausgehen, und die für deren Dauer angeordnete Sequestration während des ordentlichen Besitzprocesses (possessorium ordinarium) nur dann fortbestehen, wenn sich für den Besitz einer oder der anderen Partei ein bestimmtes Resultat nicht ergab.[80] Hiermit trat vor den eigentlichen Besitzproceß, oder wenn dieser bereits eingeleitet war, neben denselben ein neues Verfahren, welches den gegenwärtigen Besitz nach den für das interdictum uti possidetis geltenden Grundsätzen, jedoch aus bloßen Wahrscheinlichkeitsgründen, und eben deshalb mit alleiniger Rücksicht auf die jüngsten Besitzhandlungen und unter Ausschluß der nicht liquiden exc. vitiosae possessionis provisorisch feststellen (decretum de manutenendo), der causa possessionis selbst aber in keiner Weise präjudiciren sollte.[81] Natürlich konnte dieses Verfahren, welches man possessorium summarium[82] nannte, auch von den Parteien, von einer oder beiden, beantragt werden, und man gestattete dies (nicht aber auch das officielle Einschreiten des Richters) allmählich selbst dann, wenn die Waffengewalt zwar nicht unmittelbar bevorstand, aber aus der Unentschiedenheit des Besitzes entstehen konnte.[83] Gleichwie denn auch ein genügend bescheinigter Besitz auf einseitigen Antrag gegen gewaltsame Störungen mit Strafmandaten (mandata de manutenendo) geschützt zu werden pflegte.[84] Weder diese Verfügung aber, noch die auf zweiseitige Verhandlung ergangene wurde für appellabel gehalten,[85]

---

viare, fidelitati tuae praecipiendo districte mandamus, quod domos ipsas ad manus tuas recipias et retineas, donec hujusmodi negotium coram nobis fuerit examinatum —“).

80) Baldus ad l. 13 C. de rei vind. nr. 9, ad l. 3 C. de ed. D. Hadr. toll. nr. 3, ad l. un. C. de proh. sequ. nr. 3, ad l. 2 C. de summa trinit. nr. 3, ad l. 13 §. 3 D. de usufr. nr. 3, Jo. Petr. de Ferrariis: Prax. aur. IX. 1 nr. 7, 8, Lanfr. de Oriano: Repet. de causa poss. int. U. P. nr. 24, 25 und die übrigen von Bruns S. 263 Note 4 angeführten Schriftsteller.

81) Paulus de Castro: Cons. II. 3.

82) Seit dem 16. sec. auch „summariissimum“.

83) Innoc. ad c. 6 X. de institut., Odofredus ad l. un. C. uti possid. nr. 9, Alb. de Rosate ad rubr. D. uti poss., Paulus de Castro l. c. und dazu Bruns S. 269.

84) Bald. ad l. un. C. de prohib. sequ. nr. 3, Jo. Petr. de Ferrariis: Pr. aur. IX. 1 nr. 7, Phil. Decius ad l. 3 C. de ed. D. Hadr. toll. nr. 6 sequ.

85) Bald. ad l. 2 C. de episc. aud. nr. 23, Decius ad l. 3 C. de ed.

was sich, wenn auch nicht aus der dafür angeführten Stelle des R. R.,[86] so doch aus dem allgemeinen Gesichtspunct rechtfertigte, daß weder die Sequestration noch der provisorische Schutz des Besitzes den Character einer rein judiciellen, beide vielmehr vorwiegend den einer administrativen, auf Sicherung des öffentlichen Friedens gerichteten Maaßregel hatten.

So entwickelt ging das possessorium summarium in die deutsche Praxis über,[87] und erhielt hier bald eine öffentliche Bestätigung durch die K. G. O. von 1555 II. 21 §. 3, die jedoch den Competenzverhältnissen des höchsten Reichsgerichts entsprechend[88] insoweit auf eine frühere Stufe zurückging, daß sie wieder den timor armorum als die nothwendige Voraussetzung jenes Verfahrens bezeichnete.[89] Die Praxis aber hat sich dieser Abweichung der Reichsgesetzgebung nicht angeschlossen,[90] vielmehr in diesem, wie in allen anderen wesentlichen Puncten die Resultate der italienischen Doctrin festgehalten.[91]

D. Hadr. toll. nr. 50, Menochi: Tr. de rec. poss. remed. in pr. nr. 32, Maranta: Pr. aur. IV. 9 nr. 44, Scaccia: Tr. de judiciis III. 17 c. 6 nr. 2, 3. Vgl. auch stat. Romae I. 92 und den §. 54 Note 36.

86) L. 1 C. si de moment. poss. fuerit appell. (7, 69).

87) Hartm. Pistoris: Quaest. I. 45 nr. 20, M. Pistoris: Cons. I. 51, Pruckmann: Cons. I. 23 nr. 31, Wesembeck: Cons. I. 1 nr. 17, V. 213 nr. 59, Cothmann: Resp. I. 20, Fichard: Cons. 7 nr. 4, 17 nr. 3, 81 nr. 6 und dazu Bruns S. 382.

88) Das R. K. Gericht setzte schon bei dem Ordinarium zur Begründung seiner Competenz timor armorum voraus. Vgl. R. A. von 1512 IV. 12, K. G. O. von 1521 tit. 32 §. 1, K. G. O. von 1555 II. 21 §. 1, 2, Conc. von 1613 II. 22 pr. §. 1.

89) K. G. O. von 1555 a. a. O.: „Ob auch wohl in obberührtem Fall zwischen denen Partheyen, die ohne Mittel dem Reich unterworffen, die Gewähr, Possession vel quasi aus redlichen Anzeigungen unzweifelich, und so gleich Empörung, Weiterung oder Aufruhr daraus zu besorgen, sollen Cammerrichter und Beisitzer Gewalt haben, auf Anruffen der Partheyen, oder für sich selbst ex officio die Possession zu sequestriren oder aber der quasi Possession halben anstatt der Sequestration beyden Theilen zu gebieten, sich derselben zu enthalten, und alsobald darauf summarie ohne einigen gerichtlichen Process oder andere weitläufftige Ausführung der Sachen zu erkennen, welchem Theil die Possession oder quasi einzugeben oder zu inhibiren sei, sich derselben biß zu ordentlichem Außtrag deß Rechten in Possessorio oder Petitorio zu enthalten: Und so das beschehen, soll alsdann solches keinem Theil an seinem Innhaben oder Besitz im Recht nachtheilig sein." — Vgl. auch R. A. von 1532 §. 15, Conc. von 1613 II. 22 §. 4.

90) Die Nachweisungen hierfür s. bei Bruns S. 398 fg.

91) Die Inappellabilität der in dem summarium gegebenen Verfügungen namentlich wurde von dem R. K. G. und der Praxis des 16. und 17. sec. entschieden anerkannt — vgl. Gaill: Obs. I. 7 nr. 7, Cludius: De materia poss. VII. nr. 64—124, Pfannkuch: Tr. ad O. J. C. XXI. 3 de summariissimo II. 18, Carpzov: Defin. I. 19, 24, Resp. I. 13 nr. 24, Mevius: Decis. V. 349, VII. 20, Brunnemann ad l. un. C. si de mom. poss. nr. 7,

3. Die Gerichtsgebühren sind Vergütungen, welche der Staat für die Verwaltung der Justiz von den Parteien in Anspruch nimmt. Sie bilden also einen Theil des öffentlichen Einkommens, und verlieren diesen Character auch dadurch nicht, daß sie, wie häufig geschehen, einzelnen Gerichtsbeamten als Besoldungsstück zugewiesen sind, obschon sie in diesem Falle dem Staat nur mittelbar zu Gute kommen, und factisch das Ansehen eines für persönliche Mühewaltungen zu zahlenden Honorars haben.[92] Schon hieraus ergibt sich, daß das Gebührenwesen aufs engste mit den politischen Einrichtungen zusammenhängt, und daß daher die darauf bezüglichen Bestimmungen des römischen und canonischen Rechts[93] in Deutschland so wenig als gemeinrechtlich gelten können, wie das Detail der auf die besonderen Verhältnisse des R. K. Gerichts berechneten reichsgesetzlichen Anordnungen. Dennoch haben die Particulargesetze gewisse übereinstimmende Formen der Gebührenerhebung ausgebildet, nach denen einestheils die schriftlichen Vorträge der Parteien auf gestempeltem Papier einzureichen sind, widrigenfalls sie zurückgegeben, oder von Gerichtswegen mit den mangelnden Stempelbogen gegen nachträgliche Erhebung versehen werden, anderntheils die verschiedenen gerichtlichen Handlungen und Verfügungen Taxen haben, deren Zahlung dem betreibenden Theile obliegt, und wo möglich mittelst der Zurückhaltung der beantragten Ausfertigungen indirect erzwungen wird.

Offenbar nun erschweren diese von den Parteien zu entrichtenden Abgaben die Geltendmachung des Rechts, und das finanzielle Interesse des Staats würde daher in einem wohlgeordneten Gemeinwesen keine Berücksichtigung finden dürfen, wenn es nicht

---

Stryk: U. M. XLIX. 1 §. 9, Lauterbach: Coll. theor. pr. XLIX. 5, Pufendorf: Obs. IV. 235. Erst in neuerer Zeit hat man angefangen, die Appellation mit Ausschluß des Suspensiv-Effects für zulässig zu erklären, freilich weder durch innere, noch durch äußere Gründe unterstützt. Vgl. Bayer: Theorie der summ. Pr. §. 67 und die von diesem in Note 6 Citirten.

92) So ist es im späteren R. R., welches die Belohnung der einzelnen Dienste (namentlich des unteren Personals) zuerst als einen Mißbrauch rügt, seit der zweiten Hälfte des 5. Jahrh. aber gesetzlich gestattet. Vgl. die Nachweisungen bei Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. S. 200 fg. In gleicher Art sind die Gebühren des R. K. G. vorzugsweise Vergütungen für einzelne Gerichtshandlungen. Die anders gearteten Sporteln, welche die K. G. O. von 1495 tit. 16 anordnete, wurden bereits durch die K. G. O. von 1500 tit. 9 wieder aufgehoben. Einzelnes über die Taxen findet sich in den K. G. Ordnungen zerstreut, eine vollständige Taxordnung wurde am 6. Mai 1585 in Visitatione übergeben und stillschweigend genehmigt.

93) Das C. R. enthält über diesen Gegenstand überhaupt nichts Bedeutendes. Cf. c. 11 §. 4 in VI. de rescriptis (1, 3).

mit dem der Gerechtigkeit selbst zusammenfiele, welches die Erschwerung leichtfertiger Processe fordert, damit die dennoch anhängig werdenden von den Gerichtsbehörden überhaupt bewältigt werden können.[94] Steht dann nur für diejenige Partei, deren Sache sich beim Ausgang des Processes als eine gerechte bewährt, der Ersatz der im Lauf desselben gezahlten Gebühren in Aussicht,[95] so gestalten sich diese gleich anderen Auslagen zu einem Succumbenzgelde,[96] welches für den Unterliegenden unwiederbringlich verloren, allerdings von einem unbedachtsamen Streite mit wachsendem Nachdruck abmahnt, der Verfolgung guter Rechte dagegen in der That kein ernstliches Hinderniß ist. Nur bei denjenigen Personen wäre dies anders, welche nicht ohne Beschränkung der nothwendigsten Lebensbedürfnisse die Kosten des Processes zu erschwingen im Stande wären, und da nun „männiglichen die heilsame Justitia gelten und administrirt werden soll, und die gemeinen Rechte den Armen sowohl als den Reichen verordnet sind",[97] so ist auch für diesen Fall Vorsorge getroffen worden.[98] Wer nämlich das Gericht durch Zeugnisse seiner Localobrigkeit oder anderer glaubwürdiger Personen, oder durch sonstige Anzeigen,[99] und daneben durch einen in jedem Falle zu leistenden Eid[100] von seiner Armuth überzeugt, soll

---

94) Dep. A. von 1600 §. 8 in f.

95) Davon unten in dem §. 46.

96) Eigentliche Succumbenzgelder kamen (abgesehen von dem sacramentum des ältesten Processes) in dem vorjust. Recht bei den Appellationen vor — Pauli R. S. V. 33, l. 6 §. 4 C. de appell. (7, 62) —, im R. K. G. Proceß bei den Revisionen, und was der J. R. A. §. 126 darüber enthält, macht das oben im Text Bemerkte recht anschaulich.

97) Dep. A. von 1600 §. 8.

98) Nach R. R. genießen gewisse Personen vollkommene Sportelfreiheit, andere eine Ermäßigung der Sporteln. Von diesen Privilegien hat sich nur das der Armen, welches der ersten Klasse angehört — nov. 17 c. 3 — erhalten, wohl vorzüglich wegen der Bestätigung, welche ihm vom C. R. in c. 11 §. 4 in VI. de rescriptis (1, 3) zu Theil geworden ist; schon die Glossatoren aber haben dasselbe zu einem bloßen Stundungsrecht umgebildet — vgl. Albrecht in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XI. S. 91 —, und die Reichsgesetze haben diesen Gesichtspunct festgehalten — vgl. K. G. O. von 1495 tit. 23, von 1521 tit. 25 §. 1, von 1538 im Anhang Nr. 19, von 1555 I. 41 §. 1 und I. 78, R. A. von 1566 §. 105, Dep. A. von 1600 §. 6, Conc. von 1613 I. 55 §. 5 und I. 96.

99) K. G. O. von 1555 I. 41 §. 1, Conc. von 1613 I. 55 pr. („— Soll der Arme, ehe er zugelassen, seiner Armuth und Vermögens ein Urkund von seiner Obrigkeit oder andern glaubwürdigen Personen bringen, oder aber zum wenigsten etlicher massen Anzeig und Schein seiner Armuth darthun, und darauf den gewöhnlichen Eid der Armuth, wie er hierunten unter den Eyden der Cammer-Gerichts-Personen gesetzt ist, schwören").

100) Dieser Eid findet sich in der K. G. O. von 1538 im Anhang Nr. 19, von 1555 I. 78, Conc. von 1613 I. 96. Daß derselbe in allen Fällen neben

gegen das eidliche Versprechen späteren Ersatzes,[101] sowohl für die Gerichtsgebühren (beneficium adnotationis), als für die von dem beigeordneten Armenanwalt zu berechnenden Deserviten bis zum Eintritt besserer Vermögensverhältnisse Stundung erhalten.[102] Wird ihm dann durch das Urtheil der Kostenersatz zuerkannt, so sind darin die gestundeten Gebühren begriffen, und ihre Erstattung sogleich möglich. Wogegen die andere Partei, wenn ihrerseits durch das Urtheil auf Vergütung ihrer Auslagen angewiesen, in Ermangelung von Zahlungsmitteln unfreiwillig stunden muß, mit Rücksicht auf diesen möglichen Ausgang aber gleichfalls die Begünstigung der Gebührenannotation genießt.[103] — Das Armenrecht wird für jeden Proceß und für jede Instanz besonders verliehen, jedoch eine wiederholte Feststellung der Armuth dann nicht erfordert, wenn eine Aenderung der Vermögensverhältnisse in der Zwischenzeit keine Wahrscheinlichkeit für sich hat.[104]

---

den sonstigen Bescheinigungsmitteln geleistet werden müsse, hat Albrecht in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XI. Nr. 3 bewiesen.

101) Dieses ist in dem Armeneide enthalten, der demnach sowohl assertorischer als promissorischer Natur ist.

102) Ob wegen anderer Auslagen, z. B. wegen Briefporto, Zeugengebühren u. s. w. der Arme einen Anspruch auf Unterstützung habe, ist in Ermangelung positiver Bestimmungen nicht als eine durch die Proceßtheorie zu entscheidende Frage anzusehen. Der art. 47 der C. C. C. ist für den Civilproceß nicht maaßgebend. A. M. Leyser: Medit. 85 m. 5, Linde: Lehrbuch §. 97.

103) Vgl. Gans: Zeitschrift für Civil- und Crim.-Rechtspflege im Königreich Hannover I. S. 26—32. A. M. Linde in der Zeitschr. für C. R. und Pr. I. 3 und im Arch. für civ. Pr. XVI. 2. S. dagegen wieder Sartorius ebendas. XVIII. 10. Die im Text adoptirte Ansicht rechtfertigt sich daraus, daß das Privilegium der Sportelfreiheit nach R. R. immer auch dem Gegner zu Gute kam — l. 6 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51), l. 12 §. 4 C. de prox. sacr. scrin. (12, 19), — daß dasselbe den Armen (freilich nicht so sehr aus Gunst als nothgedrungen) zustand, und daß es folglich, wenn gerade in dieser Anwendung als beneficium adnotationis in die neuere Praxis übergegangen, auch heut zu Tage dem Gegner der armen Partei eingeräumt werden muß.

104) R. A. von 1566 §. 105.

Zweites Buch.

Von der Gerichtsbarkeit und den gerichtlichen Handlungen.

Vom Subject der Gerichtsbarkeit.

§. 31.

Wie die Proceßtheorie den Begriff der Klage dem Civilrecht entlehnt, so sieht sie den der Gerichtsbarkeit als ihr vom Staatsrecht überliefert an. Sie befaßt sich daher weder mit dem Verhältniß der Gerichtsbarkeit zu anderen Hoheitsrechten, noch mit den äußeren Schranken, welche derselben durch das Territorium und die Beziehungen der Staaten zu einander gesetzt sind. Zwar haben die Grundsätze von der Exterritorialität der Gesandten und dem vertragsmäßigen subsidium juris ein gewisses processualisches Interesse; ihr Sitz und Schwerpunct aber liegt in anderen Disciplinen. Nur von Seiten ihrer practischen Anwendung gehört die Gerichtsbarkeit dem Proceßrecht an, und in einem Systeme des Civilprocesses würde deshalb auch der allgemeine staatsrechtliche Satz, daß der Träger der Staatsgewalt zugleich Subject der Gerichtsbarkeit sei, kurzweg adoptirt werden dürfen, wenn nicht das deutsche Gerichtswesen Erscheinungen darböte, welche nicht ohne Weiteres damit vereinbar sind. Es kommen in dieser Beziehung besonders zwei Puncte in Betracht, die selbständige Gerichtsbarkeit der Kirche, und die bundesgesetzlichen Beschränkungen der landesherrlichen Gerichtsbarkeit. Beide Erscheinungen erfordern eine genauere Erörterung. Die zweite insbesondere aber hängt so eng mit der älteren Gerichtsverfassung Deutschlands zusammen, daß sie mit Nothwendigkeit auf den Ursprung und die allmähliche Ausbildung der landesherrlichen Gerichtsbarkeit zurückführt.

Die Gerichtsbarkeit der Kirche.*

§. 32.

In den öffentlichen Zuständen der christlichen Nationen fällt vor Allem das Verhältniß von Kirche und Staat als der große Gegensatz ins Auge, welcher zwei nicht völlig zu sondernde Gebiete gegen einander abgrenzt, und sich selbst wieder in einer höheren Einheit auflöst. Der idealisirende Zug des Mittelalters fand diesen Dualismus in den zwei Schwertern vorbedeutet, welche dem Herrn vor Seinem Gang zum Oelberg von den Jüngern dargereicht wurden.[1] Man versinnlichte damit die Vorstellung, daß kirchliche und staatliche Gewalt, des Papstes und des Kaisers Regiment von Gott geordnet seien,[2] um unter gegenseitiger Hülfeleistung die Christenheit zu schirmen, die Bösen zu schrecken, und in Seinem Namen auf Erden Gerechtigkeit und Frieden zu gründen. Noch bestimmter wurde das Bild der Schwerter auf die Gerichtsbarkeit bezogen, das geistliche Schwert mit dem Bann (excommunicatio, auch wohl

---

*) Im Allgemeinen vgl. Hebenstreit: Historia jurisdictionis ecclesiasticae ex legibus utriusque codicis illustrata, Diss. I—III. Lips. 1773—78, Schilling: De origine jurisdictionis ecclesiasticae in causis civilibus, Lips. 1825, Jungk: De origine et progressu episcopalis judicii in causis civilibus laicorum usque ad Justinianum, Berol. 1832, Turk: De jurisdictionis civilis per medium aevum cum ecclesiastica conjunctae origine et progressu, Monast. 1832, Eichhorn: Grundsätze des K. R. II. S. 131 fg., Walter: Lehrbuch des K. R. §. 181 fg., Richter: Lehrbuch des kath. und evang. K. R. (6. von Dove besorgte Aufl.) §. 206 fg., Dove: De jurisdictionis eccl. apud Germanos Gallosque progressu, Berol. 1855, Mejer: Lehrbuch des deutschen K. R. (3. Aufl.) §. 12, 22, 24, 31, 32, 48, 63, 71, 86, 112, 148, 187, 188, Feßler: Der canonische Proceß nach seinen positiven Grundlagen und seiner ältesten historischen Entwickelung in der vorjust. Periode, Wien 1860, Sohm: Die geistliche Gerichtsbarkeit im fränkischen Reich, in Dove's Zeitschr. für K. R. IX. 3.

1) Luc. 22, 38. „Sie sprachen aber: Herr, siehe hier sind zwei Schwerter. Er aber sprach zu ihnen: Es ist genug."

2) Das Bild der Schwerter findet sich wohl zuerst in einem Briefe des Papstes Nicolaus I. an die Bischöffe in Frankreich c. a. 860, in das decr. Gratiani als c. 2 C. 15 qu. 6 aufgenommen, später wird es stehend. Cf. Bernardi Epist. 256 ad Eugenium (tom. I. p. 258), Conc. Wormat. a. 1076 (Pertz II. p. 48), Epist. Frid. I. a. 1159 (Pertz II. 118), Const. Frid. II. a. 1220 §. 7 (Pertz II. 236), c. 6 in VI. de sent. exc. (5, 11), c. 1 in Extr. comm. de major. et obed. (1, 8), sächs. Ldr. I. 1, III. 44 §. 1, sächs. Weichb. c. 1 §. 10, 11, c. 9 §. 6 (ed. Daniels, 1853), Dsp. c. 1, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 1 §. 4, K. G. O. von 1507 (Costn.) tit. 16 §. 2, Apol. conf. August. art. 4. Aehnlichen Darstellungen begegnet man öfter. Ueber das Verhältniß der Schwerter zu einander herrschten bekanntlich im M. A. verschiedene Ansichten. Vgl. Eichhorn: Deutsche St. und R. G. II. §. 286 unter I., Phillips: Kirchenrecht III. §. 122—133.

„coeleste gladium" genannt),[3] das weltliche mit der Acht (bannum) identificirt, und die Zusammengehörigkeit beider in der Art zur Geltung gebracht, daß der Regel nach der Bann die Acht, und umgekehrt die Acht den Bann zur Folge haben sollte.[4]

Diese Anschauung gehört freilich einer vergangenen Zeit an; gleichwohl beruht sie auf dem noch heut zu Tage richtigen Gedanken, daß die kirchliche Gerichtsbarkeit keine vom Staat verliehene, sondern eine ursprüngliche ist. Denn haben gleich kirchliche und staatliche Gerichtsbarkeit insofern verwandte Aufgaben, als jene in der Sünde zugleich das Unrecht, und diese im Unrecht zugleich die Sünde bekämpft, so ist doch der Kirche unmittelbar durch das apostolische Wort befohlen, gegen die Sünder nicht bloß mahnend, sondern nöthigenfalls auch richtend und strafend einzuschreiten. Zudem sind ihrem richterlichen Amte andere Mittel und Zwecke als dem des Staates angewiesen. Die Mittel der Kirche sind geistlicher Art, das Ziel, nach dem sie trachtet, die innere Ueberwindung der Sünde; die Kirche richtet, um aufzurichten, und wenn ihre Diener in Kraft der Schlüsselgewalt mit Bann und Bußen strafen, so wollen sie nicht sowohl dem verletzten Gesetze Genugthuung verschaffen, als durch Vergegenwärtigung des göttlichen Gerichts zur Buße und Umkehr mahnen. Die kirchliche Gerichtsbarkeit hat daher wesentlich den Character der Disciplin.

Nur dann allerdings bedarf die Kirche für ihre Gerichtsbarkeit der weltlichen Anerkennung und Auctorität, wenn sie der bürgerlichen Wirksamkeit ihrer Urtheile und der Hülfeleistung der Staatsgewalt (des brachium seculare) versichert sein will. Anforderungen solcher Art wird bald die innere Organisation der Kirche und namentlich das Dienstverhältniß des Clerus, bald werden ihnen die Zeitverhältnisse ein gewisses Maaß der Berechtigung geben. Immer aber involvirt ihre Bewilligung eine Beengung der weltlichen Gerichtsbarkeit, verrückt also deren natür-

---

3) Capit. Caroli M. et Ludovici Pii VI. 428. Vgl. außerdem c. 24 C. 24 qu. 3 [„anathematis gladio feriatur"], c. 10 X. de jud. (2, 1), c. 6 in VI. de sent. excomm. (5, 11) [„gladio utendo ecclesiastico," „spirituali se mucrone defendere"].

4) Childeberti II. decr. a. 596 c. 2, Pippini capit. Vern. a. 755 c. 9, capit. Ticin. a. 801 c. 18, const. Olonn. a. 825 c. 1, Philippi promissa Papae a. 1205 c. 9, const. Fridr. II. a. 1220 c. 7, — Conradi IV. sent. de juribus episc. a. 1240, Rudolfi I. const. pacis a. 1281 c. 29, — c. 6 in VI. de sent. excomm. (5, 11), sächs. Ldr. I. 1, III. 63 §. 1, Dsp. c. 1, 137, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 1 §. 6, c. 87 §. 2, c. 140 §. 3, c. 204.

liche Grenzen, und gerade um dieser Folge willen ist hier von der Gerichtsbarkeit der Kirche zu handeln. Dabei bleibt der Fall, wo kirchlichen Instituten eine auf ihr Recht an Grund und Boden radicirte weltliche Gerichtsbarkeit verliehen worden ist, ganz außer Frage.

Die kirchliche Disciplin nun, eingekleidet in die Formen des gerichtlichen Verfahrens, hat sich in Criminal- und Civiljurisdiction gespalten, und die letztere, die hier allein in Betracht kommt, hat wieder einen zwiefachen Ausgangspunct genommen.

1. In der Erkenntniß, daß die christliche Kirche durch ihr Bestreben das Heidenthum zu überwinden mit den heidnischen Staaten in Collision gerathen müsse,[5] empfahlen die Apostel den Christen, nicht unter einander über zeitliche Güter zu hadern, zumal vor Ungläubigen, sondern sich zu vergleichen, oder Einen der Ihrigen zum Richter zu nehmen.[6] Diesem apostolischen Rathe gemäß gewannen frühzeitig die Bischöffe eine schiedsrichterliche Stellung,[7] welche sich als das Feste unter schwankenden äußeren Verhältnissen auch dann noch erhielt, als Constantin der Gr. den Uebertritt zum Christenthum freigegeben und die christliche Kirche als corporative Genossenschaft anerkannt hatte. Derselbe Kaiser bestimmte nun auch, daß 1. der weltliche Richter ohne weitere Prüfung den Schiedsspruch des Bischoffs exequiren,[8] und daß 2. jede Partei berechtigt sein solle, trotz des Widerspruchs der anderen auf das geistliche Gericht zu provociren.[9] Diese letzte Anordnung wurde jedoch schon von den nachfolgenden Kaisern wieder zurückgenommen,[10] während die erste den Consens beider Theile voraussetzende

---

5) Ueber das Verhältniß der Kirche zum heidnischen Staat vgl. Phillips: K. R. III. §. 117, und zum römischen Reich insbes. Bickell: Gesch. des K. R. I. §. 102—109.

6) 1 Cor. 6, 1 fg.

7) Dies beweisen die const. Apostol. II. 45, deren sechs erste Bücher nach Bickell a. a. O. (Note 5) gegen Ende des 3. sec. zu setzen sind.

8) L. 1 C. Th. de episc. defin. (1, 27) [Corp. jur. civ. antejust. Bonn.]. Diese Constitution, auf welche Sozomenus: Hist. eccl. I. 9 Bezug nimmt, ist zuerst von Sirmond als c. 17 in app. Cod. Theod. Paris. 1631 veröffentlicht worden.

9) Die betreffende Constitution ist zuerst von Cujacius als c. 1 C. Th. de episc. jud. (16, 11), dann von Sirmond als c. 1 in app. C. Th. edirt. Ihre Aechtheit wurde von Gothofredus in adnotat. ad C. Th. l. c. bestritten, ist aber später wiederholt und zuletzt am überzeugendsten von Haenel: De constitutionibus, quas Jac. Sirmondus Paris. a. 1631 edidit, Lips. 1840, bewiesen worden.

10) L. 7 (Arcad. et Honor.) C. de episc. aud. (1, 4) [„Si qui ex consensu apud sacrae legis antistitem litigare voluerint, non vetabuntur,

wiederholt und zuletzt noch von Justinian bestätigt wurde.[11] Indeß vermochte die schiedsrichterliche Jurisdiction der Bischöffe bei den germanischen Völkern keinen Boden zu gewinnen, und vollends mißlang der kirchlicher Seits[12] gemachte Versuch, auch jener aufgehobenen Vorschrift Constantin's von Neuem Eingang zu verschaffen.[13]

Nur rücksichtlich der Cleriker gestaltete sich die Sache anders. Nachdem diesen bereits im 4. Jahrhundert durch Synodalbeschlüsse bei kirchlicher Strafe verboten worden war, sich unter einander vor den weltlichen Gerichten zu belangen, und die Einlassung auf die von Laien bei dem Bischoff gegen sie angestellten Klagen abzulehnen,[14] sprach Justinian sie in Civilsachen geradezu von der weltlichen Gerichtsbarkeit ledig. Er gab dem niederen Clerus den ordentlichen Gerichtsstand vor dem Bischoff, den Bischöffen vor dem Metropoliten, und setzte damit die Executionspflicht der weltlichen Gerichte in Verbindung.[15] Selbstverständlich aber hatten diese Anordnungen nur im oströmischen Reiche mit Einschluß Italiens Geltung, welches im J. 553 von Justinian war zurückerobert worden; im ganzen übrigen Occident und namentlich im Franken-

---

sed experientur illius in civili duntaxat negotio more arbitri sponte residentis arbitrium"]. Vgl. auch nov. Valent. III. in Cod. Th. (ed. Bonn.) tit. 34 pr.

11) L. 7 (Arcad. et Honor.), l. 8 (Honor. et Theod.) C. de episc. aud. (1, 4), nov. Valent. III. in C. Th. (ed. Bonn.) tit. 34 pr., l. 29 §. 4 (Just.) C. eod. (1, 4).

12) Sie wurde von Bened. Levita in die Capit. VI. 366 aufgenommen, von da ging sie in die Sammlungen des Anselmus und Ivo über, und wurde dann auch von Gratian. in c. 35, 36, 37 C. 11 qu. 1 recipirt.

13) Innocenz III. beruft sich zwar in c. 13 X. de jud. (2, 1) auf jene Constitution und ihre angebliche Erneuerung durch Carl d. Gr. (ohne Zweifel mit Beziehung auf Capit. VI. 366), er verwirft aber sofort wieder diese Begründung mit den Worten — „non humanae constitutioni, set divinae potius innitamur." Vgl. auch c. 10, 11 X. de foro comp. (2, 2). Auch die gl. Quicunque videlicet] ad c. 10 cit. hebt hervor, daß das just. Recht das fragliche Gesetz aufgehoben habe. Wie wenig jedoch schon hierdurch die Einmischung der geistlichen Gerichte in die bürgerlichen Händel der Laien beseitigt worden sind (cf. van Espen: Jus eccl. priv. III. 1 c. 1), beweisen die zahlreichen Beschwerden und Protestationen der weltlichen Obrigkeiten, die von Pfeffinger: Vitriarius illustr. III. 3 §. 22 not. e (6) und Kopp: Ausf. Nachrichten I. §. 112, 116, 121, 133, 135, 139, 140, 144, 152, 163, 164 gesammelt worden sind. Erst seit dem 16. sec. scheint man die Versuche zur Durchführung dieser absolut concurrirenden persönlichen Gerichtsbarkeit aufgegeben zu haben.

14) Conc. Carthag. III. a. 397 c. 9 (c. 43 C. 11 qu. 1), conc. Chalced. a. 451 c. 9 (c. 46 C. 11 qu. 1).

15) Nov. 79, 83 pr., 123 c. 8, 21, 22 vgl. mit nov. Valent. III. in C. Th. (ed. Bonn.) tit. 34, l. 25, 33 C. de episc. aud. (1, 4).

reiche blieben die Cleriker den weltlichen Gerichten unterworfen.[15a] Wurden gleich durch fränkische Concilien jene älteren Synodalbeschlüsse erneuert,[16] und zwar mit einem Zusatze, welcher auch den Laien gegen Cleriker, und selbst den Clerikern gegen Laien ohne Erlaubniß des Bischoffs vor einem weltlichen Gerichte klagend aufzutreten verbot,[17] so galt doch dem öffentlichen Rechte das Verfahren im geistlichen Gerichte nur als außergerichtlicher Güteversuch, als Compromißinstanz ohne das römische Executionsprivileg, und der geistliche Schiedsspruch so wenig als eigentliches Urtheil, daß auf denselben im weltlichen Gericht weder ein Antrag auf Gewährung der Rechtshülfe, noch eine Einrede gegen die hier etwa erhobene neue Klage gegründet werden konnte.[17a] Allerdings machten die fränkischen Könige seit Anfang des 7. Jahrhunderts den kirchlichen Ansprüchen Zugeständnisse. Und zwar in Bezug auf bürgerliche Sachen zwei, von denen das eine auf einem Edict Chlotar's II. v. J. 614 beruhend und durch das gleichzeitige Generalconcil von Paris[17b] erkämpft, den weltlichen Gerichten die eigenmächtige Geltendmachung ihrer Amtsgewalt gegen den Clerus untersagt, was so viel hieß, daß der Cleriker nicht von vornherein im weltlichen, sondern zunächst im geistlichen Gerichte belangt, und von diesem an jenes erst dann überwiesen werden solle, wenn er oder der Kläger sich bei dem nach stattgehabter Verhandlung ergangenen geistlichen Spruche nicht beruhigen würde,[18] — das

15a) Dies tritt sehr bestimmt in dem conc. Epaon. a. 517 c. 11 hervor: „Clerici sine ordinatione episcopi sui adire vel interpellare publicum non praesumant, sed si pulsati fuerint sequi ad seculare judicium non morentur“. Vgl. außerdem capit. Aquisgr. a. 817, cap. pro lege hab. c. 10, cap. missor. c. 1, capit. Hloth. I. Olonn. a. 823 c. 7, und die zahlreichen Beispiele aus der Praxis bei Sohm a. a. O. S. 206 Note 35—44. Das capit. eccl. a. 789 c. 28 und Francof. a. 794 c. 30 sind keine wirklichen Capitularien und geben lediglich das geltende geistliche Recht wieder. Vgl. Sohm S. 202 fg.

16) Conc. Aurel. IV. a. 541 c. 20, Autissiodor. a. 578 c. 43, Matiscon. I. a. 581 c. 8, Matiscon. II. a. 585 c. 10.

17) Conc. Epaon. a. 517 c. 11 (s. Note 15a), Aurel. III. a. 538 c. 32.

17a) Vgl. den von Sohm a. a. O. IX. S. 200 fg. in Bezug genommenen Rechtsfall aus der merovingischen Zeit.

17b) Conc. Paris. V. a. 614. c. 4. Vgl. auch conc. Rem. a. 630 c. 6, und über capit. gener. a. 779—781 Sohm a. a. O. IX. S. 213.

18) Chlothar. II. edict. 4: „Ut nullus judicum de quolibet ordine clericos de civilibus causis (praeter criminalia negotia) per se distringere aut damnare praesumat (nisi convincitur manifestus), excepto presbytero aut diacono.“ Die bisher herrschende Ansicht fand in dem non per se die Vorschrift eines gemischten Gerichts, der Zuziehung des geistlichen Richters zu den weltlichen Gerichtsverhandlungen; neuerdings aber hat Sohm a. a. O. S. 210 fg. der Stelle unter Bezugnahme auf Marc. form. I. 27 (Roz. 434) und capit.

andere, aus der carolingischen Zeit stammend, Bischöffe und Aebte, in Italien sogar alle Cleriker,[19] von der Pflicht, persönlich im weltlichen Gericht zu erscheinen, befreite, und ihnen das Recht der Vertretung durch ihren Vogt (advocatus) einräumte.[20] Aber beide Privilegien konnten, als vom Könige verliehen, durch königlichen Specialbefehl auch wieder außer Kraft gesetzt werden,[21] und enthielten offensichtlich weder die Ausschließung der weltlichen, noch die Anerkennung einer geistlichen Gerichtsbarkeit.[21a] Es kann daher nicht wundern, daß sie bei Weitem nicht für ausreichend gehalten

---

Mantuan. II. a. 787 c. 1 den oben vorgetragenen Sinn vindicirt, indem er das „distringere aut damnare" vom bannire, d. i. von der Handhabung der richterlichen Amtsgewalt versteht, und das non per se gleichbedeutend mit den in den Stellen der Noten 16, 17b vorkommenden Ausdrücken „sine scientia pontificis", „praetermisso pontifice", „absque voluntate (conscientia et permissu) episcopi" nimmt. Die regelmäßig erwähnte Theilnahme von Bischoff und Clerus an Gerichtsverhandlungen, in denen ein Geistlicher Partei ist — cf. conc. Francof. a. 794 c. 30 (bei Pertz: Monum. leg. I. p. 94) und die Beispiele bei Sohm S. 218 Note 64 (so wie über das ed. Chloth. II. cit. c. 5, 7 besonders S. 223 Note 74) —, erbringt für das gemischte Gericht um deswillen keinen Beweis, weil das öffentliche Recht die Cleriker und Laien im weltlichen Gerichte nicht unterscheidet, und dem Bischoff zwar einen Ehrenplatz neben dem Grafen, aber niemals den Vorsitz einräumt. Vgl. Sohm S. 219 fg. Note 65—75. Wie capit. Hloth. I. Olonn. a. 823 c. 7 beweist, hatte der Bischoff selbst seinen regelmäßigen Gerichtsstand vor dem Grafen.

19) Capit. Mantuan. II. a. 787 c. 1.

20) Conc. Cabilon. II. a. 813 c. 11, capit. Hloth. I. Olonn. a. 823 c. 7, und dazu Sohm a. a. O. IX. 223 fg.

21) Capit. Aquisgr. a. 817, cap. missor. c. 28, und dazu Sohm a. a. O. IX. S. 226 fg.

21a) Dies verhält sich jedoch mit den Criminalsachen wesentlich anders. Schon im 6. sec. wurde, wenn das Verbrechen eines Bischoffs in Frage stand, die Untersuchung zwar von dem weltlichen Gerichte eingeleitet, das Urtheil aber secundum canones (auf Amtsentsetzung, Excommunication oder Exil, d. i. Einsperrung im Kloster) von der Synode gesprochen, der mithin die geistliche Gerichtsbarkeit mit Ausschluß der weltlichen zustand, und diese geistliche Gerichtsbarkeit wurde dann in gleichem Umfange durch das citirte edict. Chloth. II. c. 4 im unmittelbaren Anschluß an die in Note 18 abgedruckten Worte [„— Qui vero convicti fuerint de crimine capitali, juxta canones distringantur et cum (i. e. a) pontificibus examinentur"] auf alle Cleriker ausgedehnt. Vgl. jetzt Sohm a. a. O. IX. S. 247 f., welcher besonders auf lex Baj. I. 10, 12 und eine Reihe entsprechender Vorgänge (Note 213—219) hinweist. Schwierigkeit machen die Worte „excepto presbytero aut diacono" am Schlusse des ersten Theils des c. 4 (s. oben Note 18). Sohm S. 264 fg. bezieht dieselben auf die weltliche Einleitung des Criminalverfahrens („nisi convincitur manifestus") und findet in ihnen die Bestimmung, daß Presbyter und Diaconen, so wie selbstverständlich auch die Bischöffe, von persönlicher districtio (d. i. Haft und Fesselung) befreit sein sollten. Ungleich näher aber liegt es, sie mit dem über die causae civiles Gesagten in Zusammenhang zu bringen, wie in der Note 18 durch die Einklammerung der beiden Negativ-Sätze bereits angedeutet worden ist; sie würden dann (eben so wie nach Sohm S. 224 fg. die Schlußworte des capit. Mantuan. II. a. 787 c. 1) zu übersetzen sein: „indem Presbyter und Diaconen eximirt sind."

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

wurden; statt ihr eigenes Recht auf die bürgerliche Gerichtsbarkeit über den Clerus zur Geltung zu bringen, hatte die Kirche nur eine gewisse Rücksichtnahme auf die Stellung des Clerus zu erreichen vermocht. Erst unter den schwächeren Regierungen der folgenden Jahrhunderte gestalteten sich ihre Aussichten günstiger. Bei der steigenden Macht der Kirche gelangten die Bestimmungen des R. R. vorläufig zu factischer Geltung,[22] und wurden dann von der weltlichen Gewalt auch ausdrücklich anerkannt. In Deutschland durch die const. Friderici II. a. 1220 §. 5 (auth. Statuimus C. de episc. et cler.), welche das Verbot, die Cleriker vor die weltlichen Gerichte zu ziehen, bestätigte, und die Uebertretung desselben nicht bloß mit der Nichtigkeit des Urtheils, sondern auch mit dem Verlust der Klage bedrohte.[22a] Damit war denn die Exterritorialität des Clerus gesetzlich ausgesprochen, und unbeschadet der vom C. R. selbst zugelassenen Competenz der Lehncurien[23] der Grundsatz durchgeführt, daß kein weltlicher Richter über einen Cleriker Recht sprechen dürfe.

Lange blieb jedoch der Genuß dieser Freiheiten nicht unangefochten. Zunächst schon mußte es dem deutschen Rechtssinne widerstreiten, daß sich die kirchliche Gerichtsbarkeit auch auf Grundstücke erstrecken sollte, die von Clerikern besessen wurden,[24] da doch der Grund und Boden nur demjenigen Gericht schien unterworfen sein zu können, zu dessen Bezirk er gehörte.[25] Das Sachgemäße war, daß hier das Subject vor dem Object zurücktrat, und wenn daher den Clerikern wo nicht früher,[26] so jedenfalls im 16. Jahrhundert[27] die Unterordnung unter das forum rei sitae zugemuthet wurde, so lag darin kein Eingriff in die kirchliche Gerichtsbarkeit, obwohl eine Beschränkung derselben. Dagegen verzichtete das Concil von Trident auf die Gerichtsbarkeit über die Cleriker der

22) Dies beweisen Decretalen wie c. 12, 18 X. de foro comp. (2, 2).

22a) Abgedruckt als constitutio in basilica beati Petri bei Pertz: Monum. leg. II. p. 243, 244.

23) C. 7 X. de foro comp. (2, 2).

24) So konnte wenigstens c. 3 X. de foro comp. (2,2) verstanden werden.

25) S. §. 41. Note 47.

26) Cf. Guden: Cod. dipl. II. p. 437 sequ. Schon nach dem schwäb. Ldr. c. 77 (ed. Gengler) beklaget der Laie „den geistlichen Man wol vor werltlichem Gerihte, und der Rihter sol in rihten mit Rehte, aber niht wan umbe Gülte". Ueber die Entwickelung in Frankreich vgl. Friedberg l. c. (Note *) p. 146 sequ. not. 1.

27) Mynsinger: Obs. IV. 95, V. 93 nr. 6, Gaill: Obs. I. 37 nr. 4, Boërius: Decis. 69 nr. 7, und dazu Eichhorn: Grundsätze des K. R. II. S. 147.

niederen Weihen, sofern dieselben weder dem Zweck der Kirche dienen, noch sich für diesen Dienst vorbereiten würden.[28] Und im letzten Jahrhundert ist schließlich in Folge der abstracteren Ausbildung der Staatsidee die Civil-Gerichtsbarkeit über die Cleriker, welche in den protestantischen Ländern auf die Consistorien übergegangen war, von der Staatsgewalt (und zwar der römischen Kirche gegenüber nicht ohne indirectes Zugeständniß des päpstlichen Stuhles[29]) wieder ganz zurückgenommen, und gewöhnlich den mittleren Instanzen übertragen worden.[30]

2) Die richterliche Cognition über Sachen, welche ihrer Beschaffenheit wegen eine Beurtheilung nach christlichen Principien erfordern („ubi de religione agitur"), hatten die Kaiser Arcadius und Honorius,[31] sowie nachmals noch Valentinian III.[32] den Bischöffen eingeräumt, in Justinian's Compilation aber waren die betreffenden Constitutionen nicht aufgenommen worden. Dagegen wurden die durch dieselben gelegten Keime von der Kirche selbst ausgebildet, welche sich hierin um so unabhängiger fühlen mochte, als es an sich nicht möglich war, ihr das Recht zur selbständigen Regulirung ihrer inneren Angelegenheiten zu bestreiten. Ausgehend von dem Grundsatz, daß Laien über geistliche Fragen nicht urtheilen dürfen,[33] vindicirte sie zu ihrer Competenz vor Allem wie die verwaltende, so auch die ausschließliche richterliche Competenz über alle causae ecclesiasticae, und zählte zu diesen

erstens die res spirituales,[34] d. h. diejenigen Streitigkeiten, welche kirchliche Heilsgüter, z. B. die priesterliche Weihe,[35] die Verweigerung des christlichen Begräbnisses,[36] und namentlich das mit sacramentalem Character versehene vinculum matrimonii[37] betreffen,

---

28) Conc. Trid. sess. 23 c. 6 de reform.

29) Vgl. z. B. das österr. Concordat vom 18. Aug. 1855 Art. XIII.

30) Die Nachweisungen aus der neueren Gesetzgebung gibt Richter a. a. O. §. 208 Note 14, §. 211.

31) L. 1 C. Th. de relig. (16, 11).

32) Nov. Valent. III. in C. Th. (ed. Bonon.) tit. 34 pr.

33) C. 8 X. de arbitris (1, 43), c. 2 X. de jud. (2, 1).

34) C. 2 X. de jud. (2, 1).

35) C. 6 in VI. de sent. exc. (5, 11).

36) C. 11, 12, 14 X. de sepult. (3, 28).

37) C. 12 X. de exc. praelat. (5, 31), c. 5, 7 X. qui filii sint legit. (4, 17), c. 3 X. de divort. (4, 19), c. 2 in Clem. de jud. (2, 1). Auch über dos und donatio propter nuptias sprach das geistliche Gericht, wenn sie nebenher in einer Scheidungssache zur Sprache kamen. Cf. c. 3—7 X. de donat. int. V. et Ux. (4, 20).

zweitens die causae spiritualibus adnexae sive conjunctae, wobei man an Rechtsverhältnisse dachte, welche mit den Spiritualien insofern zusammenhängen,[38] als sie entweder in ihrem Träger den geistlichen Character voraussetzen, wie die kirchlichen Beneficien,[39] das Zehntrecht,[40] oder sich vorbereitend zu einer geistlichen Handlung oder Stellung verhalten, wie die Sponsalien,[41] der Patronat,[42] oder aus einem religiösen Act hervorgehen, wie die Verpflichtungen aus einem Eid,[43] einem Gelübde.[44]

Hiermit begnügte man sich aber nicht. Nachdem die Kirche principiell die Superiorität der geistlichen Gewalt ausgesprochen hatte, konnte sie nicht anstehen, die Consequenzen dieser Stellung zu ziehen, und mit ihrer Gerichtsbarkeit überall da einzugreifen, wo der kirchliche Standpunct über die Schranken der weltlichen Jurisdiction hinausging, oder diese die Erfüllung ihres Berufs versäumte. So suchte sie das von ihr ausgehende Verbot der Zinsnahme zu realisiren,[45] nahm sich letztwilliger Anordnungen zu Gunsten der Kirchen und milden Stiftungen an,[46] verlieh ihren Schutz im Falle verweigerter oder verzögerter Justiz,[47] besonders im Interesse der Armen, Wittwen und Waisen (personae miserabiles),[48] und schritt überhaupt ergänzend ein, wo eine Sache nicht

38) C. 3 X. de jud. (2, 1): „Causa vero patronatus ita conjuncta est et connexa spiritualibus causis, quod non nisi ecclesiastico judicio valeat definiri."

39) C. 2 in Clem. de jud. (2, 1), c. 1 in Clem. de causa poss. (2, 3), c. 1 in Clem. ut lite pend. (2, 5).

40) C. 7 X. de praescr. (2, 26), c. 2 in Clem. de jud. (2, 1).

41) C. 10, 17, 22 X. de spons. (4, 1), c. 1, 2 X. de adult. (5, 16).

42) C. 3 X. de jud. (2, 1), c. 2 in Clem. eod. (2, 1).

43) C. 13 X. de jud. (2, 1), c. 3 in VI. de foro comp. (2, 2).

44) C. 6, 8 X. de voto et voti red. (3, 34).

45) C. 2, 5, 9, 10, 13, 14, 17 X. de usur. (5, 19), c. 2 in Clem. de jud. (2, 1).

46) C. 3, 6, 17 X. de testam. (3, 26) vgl. mit l. 28 C. de episc. et cler. (1, 3), c. 9—11 C. 13 qu. 2.

47) C. 20 X. de jud. (2, 1), c. 10, 11, 15 X. de foro comp. (2, 2). Cf. J. H. Boehmer: De origine, progressu atque indole querelae denegatae vel protractae justitiae (in Exerc. ad Pand. VI. 103) §. 9—20.

48) Diese Personen zu schützen, war den Bischöffen schon frühzeitig empfohlen. Cf. conc. Carth. V. a. 401 c. 9 (in c. 10 C. 23 qu. 3), conc. Turon. II. a. 567 c. 26, conc. Matisc. II. a. 585. c. 12, cap. Mant. a. 781. c. 12, c. 6 X. de donat. int. V. et Ux. (4, 20). Die spätere kirchliche Gesetzgebung machte daraus einen selbständigen Competenzgrund, wie im Allgemeinen c. 26 §. ult. X. de V. S. (5, 40) beweist. Jedoch setzte sie eine besondere Bedrängniß voraus, z. B. eine Verweigerung oder Verzögerung der Justiz seitens des weltlichen Richters, oder eine Gewaltthat, und bei Wittwen und Waisen den Mangel genügenden Vermögens. Cf. c. 11, 15 X. de foro comp. (2, 2), c. 38 X. de off. jud. deleg. (1, 29).

unter dem Gesichtspunct eines gewöhnlichen Rechtsstreits, sondern unter dem der Sündlichkeit an sie gebracht wurde[49] (denunciatio evangelica). Alle diese Fälle eigneten sich an sich genommen auch für die weltlichen Gerichte, und konnten deshalb als causae mixti fori bezeichnet werden.[50] Sie hauptsächlich aber waren es, welche der kirchlichen Gerichtsbarkeit des Mittelalters eine tief ins bürgerliche Leben eingreifende Bedeutung gaben, indem sie die geistliche Zucht mehr und mehr auf eine rein äußerliche Geltendmachung des Gesetzes richteten, und es bedurfte des großen Gerichts des 16. Jahrhunderts, um die regenerirte Kirche von Neuem zu befähigen, Gott zu geben, was Gottes, und dem Kaiser, was des Kaisers ist. In den protestantischen Ländern wurde demzufolge die kirchliche Gerichtsbarkeit, von eigentlichen Disciplinarsachen abgesehen, auf wenige rein geistliche Sachen (zu denen man vornämlich die Ehe- und Verlöbnißsachen rechnete) beschränkt, und in neuerer Zeit ist sie unter dem Einfluß ungünstiger politischer Zeitströmungen meist sogar ganz aufgehoben worden, wenn schon mitunter unter Verweisung der wichtigeren Sachen (z. B. der Ehescheidungen) an die höheren Gerichte.[51] Derselben politischen Opposition aber hat im Laufe des letzten Jahrhunderts auch die bis dahin behauptete sachliche Gerichtsbarkeit der katholischen Kirche weichen müssen; soweit eine solche, anerkannt von der weltlichen Gewalt, überhaupt noch besteht, pflegt sie auf die res spirituales, unter denen die Ehesachen wieder die wichtigsten sind, reducirt zu sein.[52] Die Ausübung der Disciplin über die Cleriker, zu welcher das brachium seculare geliehen wird, ist keine wahre Gerichtsbarkeit.

---

49) C. 13 X. de jud. (2, 1).

50) Ein Verzeichniß der von den geistlichen Gerichten in Anspruch genommenen Sachen findet sich in den 100 gravamina nat. Germ. a. 1522 bei Münch: Vollständige Sammlung aller älteren und neueren Concordate I. S. 380..

51) S. die Nachweisungen bei Richter a. a. O. §. 211.

52) Cf. conc. Trid. sess. XXIV. de sacr. matr. c. 12, und über die jetzigen Verhältnisse Eichhorn a. a. O. II. S. 144—147, Richter a. a. O. §. 208 Note 16.

Die Gerichtsbarkeit der Landesherrn.*

§. 33.

Die Gerichtsbarkeit der deutschen Landesherrn hat verschiedene Stadien durchlaufen, ehe sie das geworden, was sie jetzt ist. Ur=

* Von der Geschichte der deutschen Gerichtsverfassung handeln Hauschild: Von der Gerichtsverfassung der Teutschen vom 8—14. Seculo, Leipz. 1741, C. Ph. Kopp: Ausführliche Nachrichten von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civil=Gerichten in den Fürstlich=Hessen=Casselschen Landen. Erster und historischer Theil, Cassel 1769, Savigny: Gesch. des R. R. im M. A. I. Cap. 4, Heidelberg 1815, 1834, Meyer: Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe, VI tom. La Haye 1818—1823, Unger: Die altdeutsche Gerichtsverfassung, Gött. 1842, Stobbe: Die Gerichtsverfassung des Sachsenspiegels, in der Zeitschrift für deutsches Recht XV. 3, Kirch: De judiciis prov., quorum mentio fit in spec. Saxonico, Berol. 1855, Thudichum: Gesch. des Freien gerichts Kaichen in der Wetterau, Gießen 1858, Franklin: De justitiariis curiae imperialis, Wratisl. 1860, Frensdorff: Die Stadt= und Gerichtsverfassung Lübecks im 12. und 13. Jahrhundert, Lübeck 1861, Brunner: Das gerichtliche Exemtionsrecht der Babenberger, Wien 1864 (aus den Sitzungsberichten der kaiserlichen Academie der Wissenschaften, philos. histor. Classe, Bd. XLVII.), Thomaschek: Die höchste Gerichtsbarkeit des Königs und Reichs im 15. Jahrhundert, Wien 1865, Kühns: Gesch. der Gerichtsverfassung und des Processes in der Mark Brandenburg (2 Bde.) Berl. 1865—1867, Bethmann=Hollweg: der germanisch=romanische C. Pr. im Mittelalter, I. Vom fünften bis achten Jahrhundert, II. Vom achten bis eilften Jahrh. Bonn 1868—1873 (auch unter dem Titel: Der C. Pr. des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwickelung, IV., V.), Franklin: Das Reichshofgericht im Mittelalter, 2 Bde, Weimar 1869, Sententiae curiae regiae, Rechtssprüche des Reichshofes im M. A., Hann. 1870, Rusch: Das Gaugericht auf der Müsinenwiese oder das freie Landgericht zu Rankweil in Müsinen, Innsbr. 1870, Schenk zu Schweinsberg: Die Grafschaftsgerichtsstätten Maden und Ruchesl o, Gießen 1871, Sohm: Die altdeutsche Reichs= und Gerichtsverfassung, I. Weimar 1871, Stölzel: Entwickelung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien, 2 Bde., Stuttg. 1872, Brunner: Die Entstehung der Schwurgerichte, Berl. 1872, Böhlau und Dugge: Einheimischer und fremder Rechtsgang, Rost. 1873. — Außerdem enthalten für die ältere Zeit viel auf den vorliegenden Gegenstand Bezügliches die Arbeiten von Waitz: Deutsche Verfassungsgeschichte, Kiel I. 1844, 2. Aufl. 1865, II. 1847, 2. Aufl. 1870, III. 1860, IV. 1861, V. 1874, VI. 1875, VII. 1876 (in den folgenden Noten ohne Titelangabe citirt), Ueber die Anfänge der Vasallität, Gött. 1856, Roth: Geschichte des Beneficialwesens, Erl. 1850 (in den Noten ohne Titelangabe citirt), Feudalität und Unterthanenverband, Weimar 1863, Ficker: Forschungen zur Reichs= und Rechtsgeschichte Italiens, 4 Bde., Innsbr. 1862—1874. — Die älteren deutschen Rechtsquellen sind nach Pertz: Monumenta Germ. histor. Legum tom. I—V. citirt, und den Citaten aus den Formelsammlungen ist das entsprechende Citat aus Rozière: Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du Ve au Xe siècle, Paris 1. et 2. part. 1859, 3. part. 1871 beigefügt.

Die im letzten Jahrzehnt erschienenen bedeutenden Untersuchungen über das deutsche Gerichtswesen haben eine völlige Umarbeitung des früheren Textes dieses §. nothwendig gemacht. Die Grundlage des jetzigen Textes ist dem bahnbrechenden Werke von Sohm entnommen, im Weiteren sind vorzugsweise die trefflichen Arbeiten Franklin's und Stölzel's benutzt worden. Außerdem

sprünglich vom Kaiser als Amt verliehen, gestaltete sie sich mit der Entwickelung des Lehnwesens zu einem der Ausübung nach übertragenen Rechte, dem dominium utile vergleichbar, und wurde erst in Folge der Auflösung des deutschen Reichs, welche die Landesherrn von der Unterordnung unter die kaiserliche Macht befreite, und die Consolidation der kaiserlichen und der landesherrlichen Rechte herbeiführte, ein in der Souveränität gegründetes eigenes Recht. Wie vordem die kaiserliche Gerichtsbarkeit für das Reich, so bildete nunmehr die landesherrliche Gerichtsbarkeit für die Territorien den Mittelpunkt der Gerichtsverfassung, trotzdem daß die souverän gewordenen Landesherrn nicht isolirt blieben, sondern in neue Organisationen eintraten. Der dem Reiche zunächst folgende deutsche Bund berührte, da er Nichts als ein völkerrechtlicher, obschon unauflöslicher Verein sein wollte, die jurisdictionellen Verhältnisse nur in einigen wenigen Puncten, in denen ein Ersatz untergegangener Einrichtungen erforderlich schien. Und das neuerdings gegründete neue „deutsche Reich" nahm, von der Idee des Bundesstaats ausgehend, für die unter dem Präsidium des Königs von Preußen als deutschen Kaisers vereinigten Landesherrn und freien Städte die bundesstaatliche Souveränität — um diesen Ausdruck zu gebrauchen — nicht allgemein, sondern in positiv fixirten, durch die Gemeinsamkeit staatlicher Interessen bestimmten Grenzen in Anspruch, welche verfassungsmäßig zwar die volle Gesetzgebung über das gerichtliche Verfahren, jedoch keine Justizhoheit begreifen. Wenn gleichwohl das jüngst zum Abschluß gekommene Gerichtsverfassungsgesetz den Territorialgerichten ein Reichsgericht als Revisions- und Beschwerde-Instanz überordnet, so muß die durch dasselbe auszuübende Gerichtsbarkeit von der Gesammtheit der Landesherrn abgeleitet, oder mit anderen Worten, es muß die höchste Gerichtsbarkeit in jedem einzelnen Territorium als von dessen Landesherrn durch ein allen Bundesgliedern gemeinsames Gericht ausgeübt betrachtet werden.

Dies ungefähr sind die Gesichtspuncte, welche in der folgenden Darstellung eingehender werden erörtert werden. Ohne zu viel zu sagen, kann man die Geschichte der landesherrlichen Ge-

---

hat — was hier mit herzlichstem Danke gesagt sei — Sohm's Freundschaft das Material zu einigen der schwierigsten Partien (Note 133—149, Note 226—282) geliefert, und zwar so vollständig, daß nur übrig blieb, dasselbe dem Tone und Zusammenhang des Ganzen anzupassen.

richtsbarkeit eine Geschichte der deutschen Gerichtsverfassung nennen. Nur kommt dabei der in anderer Beziehung so wichtige Unterschied von Richtern und Urtheilern[1] bloß in untergeordneter Weise in Betracht. Denn obschon die Urtheiler finden, was im gegebenen Fall Recht ist, so sind die Richter es doch, welche das Verfahren einleiten und geschäftlich dirigiren, die gefundenen Urtheile verkünden,[2] und gegen Widerspänstige den nöthigen Zwang üben.[3] Sie allein also haben richterliche Gewalt, das „Gericht,“[4] und von den Urtheilern ließe sich deshalb vorliegend ganz absehen, wenn nicht durch die bei ihnen vorausgesetzten Eigenschaften die äußere Organisation der Gerichte mit wäre bestimmt worden.

Betrachten wir nun zunächst das Gerichtswesen des fränkischen Reiches bis zur Abzweigung Deutschlands, so unterscheidet sich dasselbe von dem früheren in der lex Salica dargestellten Zustande wesentlich durch die Stellung, welche in ihm der König gewonnen hat.

1. Während der König vordem, abgesehen von der ihm ausschließlich zustehenden vollziehenden Gewalt, dem Banne,[5] nur in Gemeinschaft mit der Volksgemeinde Träger der Staatsgewalt war[6] und die den verfassungsmäßigen Gerichten vorsitzenden Richter, die thungini, wählte,[7] auch wohl an Statt der verfassungsmäßigen

---

1) Vgl. darüber sächs. Ldr. III. 30 §. 2: „Die Richtere sal gelik Richter sin allen Lüden; Ordele ne sal he nicht vinden noch scelden“. Schwäb. Ldr. c. 71 §. 5 (ed. Gengler): „Vor dem weltlichen Gerichte sprechent die Richter nit selber Urteil.“ Kaiserrecht I. 7: „Was die Scheffen urteiln, das sal der Richter richten, und anders nit“. Außerdem s. Dsp. c. 246, Gl. zum sächs. Ldr. I. 62 §. 7, Cautela und Premis (ed. Homeyr als 5. Beil. zu dem Richtsteig Landrechts, Berlin 1857) S. 394.

2) Vgl. Freyberg: Ueber das altdeutsche öffentl. G. V. S. 88. g, 89. i, Maurer: Gesch. des altgerm. G. V. §. 162.

3) S. bes. Kaiserrecht I. 7.

4) „Gericht“ nennen die Rechtsbücher die Gerichtsgewalt — vgl. Homeyer im Register zum Sachs. sp. s. v. Gericht —, „Bann“ insbesondere die Befugniß innerhalb der amtlichen (hier also der gerichtlichen) Wirksamkeit Machtgebote zu erlassen, und im Fall des Ungehorsams eine Buße zu verhängen — vgl. Wilda: Strafrecht der Germanen S. 474, Walter a. a. O. §. 55, 571 —. Deshalb ohne Bann kein Gericht.

5) Cf. l. Sal. LVI (ed. Merkel) und dazu Sohm a. a. O. I. S. 98.

6) Vgl. Sohm I. a. a. O. §. 3.

7) Daß der thunginus ein vom Volk gewählter Beamte ist, hat schon Waitz: Das alte Recht der Salischen Franken S. 71, 137 daraus gefolgert, daß er kein dreifaches Wehrgeld hat, wie die vom Könige ernannten Beamten. Während aber Waitz die Wahl der Gerichts- (Cent-) Versammlung beilegt, vindicirt Sohm a. a. O. I. S. 55 fg., S. 73 sie um deswillen der Volksgemeinde, weil das Beamtenernennungsrecht auch in späterer Zeit ein Hoheitsrecht ist, wie es diesen Character bereits zur Zeit des Tacitus hatte. Cf. Tac. Germ. c. 12:

Gerichte Recht sprach,[8] steht er jetzt im Vollgenuß der staatlichen Machtbefugnisse, ist als Souverän Träger der Gerichtshoheit und Quelle jeglicher Gerichtsbarkeit, und handhabt selbst und in eigener Person eine Gerichtsbarkeit, welche umfassender, wirksamer und freier als die Gerichtsbarkeit aller von ihm eingesetzten Gerichte ist.[9] Sein Gericht ist als der unmittelbare Ausfluß der Souveränität überhaupt durch keine gesetzliche Schranke eingeengt; es ist befugt alle Sachen anzunehmen und an sich zu ziehen,[10] und folgt nur einer inneren, aus der königlichen Stellung und den Verhältnissen sich ergebenden Nöthigung, wenn es sich darauf beschränkt, ergänzend und berichtigend einzugreifen, wo die Thätigkeit der gerichtsverfassungsmäßigen Gerichte ihrer Aufgabe nicht vollkommen genügt.[11] So hat es, wenngleich an sich eine universelle, so doch der Erscheinung nach eine außerordentliche, eine Ausnahmecompetenz.

Sehen wir von der Controle der Gerichtsbeamten und der Bestrafung ihrer Pflichtvergessenheit,[12] so wie von der Durchfüh-

---

„Eliguntur in iisdem conciliis et principes, qui jura per pagos vicosque reddunt“.

8) Arg. l. Sal. XLVI (ed. Merkel). Ebenso übte nach Tac. Germ. c. 12 schon in ältester Zeit die Volksgemeinde (concilium) eine concurrirende Gerichtsbarkeit. Vgl. Sohm a. a. O. I. S. 5 Note 13.

9) Seine Gerichtsbarkeit zeichnet sich nicht nur durch das größere Gebiet, sondern auch durch eine ihr beiwohnende höhere Gerichtsgewalt aus, namentlich durch das Recht zur Verhängung der Reichsacht, den Königsbann — von 60 solidi nach capit. excerpta a. 802 c. 57, unter Umständen von 100 sol. oder einem Mehrfachen dieser Sätze nach den Nachweisungen von Sohm I. S. 171 fg. —, die Inquisitionsgewalt — vgl. Brunner: Zeugen- und Inquisitionsbeweis der carolingischen Zeit, Wien 1866 (aus den Sitzungsberichten der kais. Academie der Wissenschaften, philos. histor. Cl. Bd. LI) —, die Zulassung des Gottesurtheils mittelst Zweikampfs — vgl. Sohm a. a. O. I. S. 500 fg. —, und das Eingreifen auf Grund der reclamatio ad regem — vgl. Note 26 —.

10) Dies spricht sich schon in der Formel bei Marc. I. 25 (Roz. 442) „— ad universorum causas recto judicio terminandas“ —, sowie in ähnlichen urkundlich vorkommenden Formeln aus.

11) Das unmotivirte Anrufen des königlichen Gerichts wurde später mit Strafe bedroht. Cf. capit. Pippini regis. inc. a. c. 7 (bei Pertz I. p. 31), capit. Mant. a. 781 c. 2. Vgl. auch leges Rachis X. (bei Troya: Cond. de' Romani vinti, Mil. 1844 p. 485), lex Rom. Cur. II. 1 §. 7. — Uebrigens war es schon factisch nicht leicht, zum Gericht des Königs durchzubringen, wie eine Stelle der acta fund. Murensis monasterii (bei Herrgott: Genealogia dipl. aug. gentis Habsburg. I. 324) beweist: „— Interea venit rex ad castrum Solodurum, venientesque illuc iidem ipsi rustici vociferari coeperunt de iniqua sua oppressione. Sed in tanta principum multitudine et propter ipsorum quorundam stolida verba non pervenit clamor eorum ad regem. Et cum male illuc venierunt, peius inde redierunt“.

12 Cf. ed. Guntchr. a. 585 („— nam non dubium est, quod acrius illos condemnabit sententia nostri judicii, a quibus non tenetur aequitas

rung königlicher Befehle gegen deren Verächter ab,[13] so finden wir in den Capitularien und gleichzeitigen Urkunden das Gericht des Königs offen gehalten a. wo sich die Macht der untergeordneten Gerichte unzureichend erweist,[14] wie namentlich wo die Reichsacht zu verhängen ist[15] — die bereits in carolingischer Zeit vorkommende Gerichtsacht (Verfestung) wird vom Grafengericht erkannt[16] —, wenn den Reichsbeamten der Gehorsam verweigert wird,[17] wenn unter den potentiores Streitigkeiten obwalten, über welche sie sich nicht vertragen wollen,[18] wenn Handlungen zu bestrafen sind,

---

judicandi"), Chloth. I. const. c. a. 560 c. 6, capit. Aquisgr. a. 802 c. 39, capit. minora a. 803 c. 4 (vgl. mit c. 3), capit. in Theod. villa a. 805 II. c. 12, capit. de villis a. 812 c. 57, capit. Aquisgr. a. 817 cap. miss. c. 1, resp. misso cuidam data a. 819 c. 5, capit. Worm. a. 829 alia cap. c. 4, 8, 10, 11, Karoli II. capit. Caris. a. 873. c. 10. Vgl. auch Gregor. Tur. X. 5.

13) Capit. Aquisgr. a. 802 c. 34, a. 817 cap. legi add. c. 16, capit. Worm. a. 829 alia cap. c. 11, cap. pro lege hab. c. 4 in f. — Unter diesen Gesichtspunct fällt auch wohl die Verweigerung des Fidelitätseides. Cf. capit. Langob. a. 786 c. 7.

14) Cf. Pipp. capit. Compend. a. 757 c. 24, capit. Ticin. a. 801 c. 18 in f., capit. Aquisgr. a. 802 c. 15 in f., capit. miss. a. 802 c. 21 in f., capit. Aquisgr, a. 817 cap. leg. add. c. 16, cap. miss. c. 13. Hierher scheinen auch capit. Aquisgr. a. 802 c. 32, 33, 36, 37, 38 zu gehören, so wie ed. Pist. a. 864 c. 22. Urkundliche Belege für den obigen Satz gibt Waitz a. a. O. IV. S. 406 Note 3.

15) Cf. Childeb. capit. c. a. 550 c. 6 (Pertz II. 8), Chilper. ed. c. a. 561 c. 9 (Pertz II. 11) [„—nobiscum adcusent, et ipsum mittemus foras sermone nostro"], und dazu Roth a. a. O. S. 141 Note 130, Sohm a. a. O. I. S. 162. Auch die Landesverweisung (in exilium mittere) kann nur vom Könige erkannt werden. Cf. lex Alam. Hloth. c. 25, 26 (wo „Dux" der dem Könige gleichstehende Stammesherzog ist), lex Baiuw. II. 10 §. 1, Pipp. capit. Vern. a. 755 c. 9 in f., capit. Saxon. a. 797 c. 10, capit. Aquisgr. a. 813 c. 12, a. 817 cap. leg. add. c. 7, 9, 13.

16) Capit. Aquisgr. a. 809 c. 4, a. 813, c. 13, Kar. II. conv. Silv. a. 853 c. 6, ed. Pist. a. 864 c. 6, capit. Caris. a. 873 c. 1, 3.

17) Capit. Worm. a. 829 cap. gen. c. 1, 7, 9, cap. pro lege hab. c. 3, capit. Silv. a. 853 c. 4.

18) Capit. Aquisgr. a. 812 c. 2: „Ut episcopi, abbates, comites et potentiores quique, si causam inter se habuerint, ac se pacificare noluerint, ad nostram venire jubeantur praesentiam, neque illorum contentio aliubi dijudicetur". Diese Verordnung scheint jedoch eine speciellere Beziehung zu haben. Die faida als solche war nicht schon durch das Volksrecht, sondern wurde erst von Karl d. Gr. mit Strafe bedroht. Cf. capit. de part. Saxon. a. 782 (Pertz I. p. 50), capit. Saxon. a. 797 c. 9, capit. Aquisgr. a. 802, c. 32, und dazu Sohm I. S. 104 fg. Daraus ergab sich, daß im Fall einer stattgehabten Tödtung sowohl gegen den Thäter einzuschreiten war, wenn er die Composition nicht zahlen, wie gegen den Verwandten des Getödteten, wenn er die Composition nicht annehmen wollte, und für beide Fälle hatte sich der König die Unterstützung der ordentlichen Gerichte ausdrücklich vorbehalten. Cf. capit. a. 779 c. 22, capit. in Theod. villa a. 805 II. c. 5, capit. Aquisgr. a. 817 cap. leg. add. c. 13. Von gleichen oder ähnlichen Voraussetzungen geht nun auch wohl das Eingangs citirte Capitulare aus, wie die Worte „ac se pacifi-

welche eine königliche Verordnung verpönt hat ohne Androhung einer bestimmten Strafe;[19] sodann b. für Hochverraths- (Infidelitäts-)[20] und andere Sachen, welche ein specifisch königliches Interesse berühren,[21] wie denn nicht selten die Briefe, durch welche königliche Privilegien verliehen werden, den Grafen und dessen Unterbeamte autorisiren, den Verletzer des Privilegs bei Königsbann vor das Königsgericht zu laden;[22] c. in Fällen verweigerter Justiz;[23] d. auf Grund der Urtheilsschelte („blasfemare judicium"),[24] und endlich e. wenn vor dem Urtheil eine anhängige Sache, welche in dem untergerichtlichen Verfahren eine nachtheilige

care noluerint" andeuten, welche den Gedanken an einen gewöhnlichen Rechtsstreit ausschließen möchten. Eine andere Erklärung gibt Sohm I. S. 313 fg.

19) Capit. Worm. a. 829 alia cap. 6, 7.

20) Die Infidelität wird auch crimen laesae majestatis genannt. Die unter dieselbe fallenden Uebertretungen zählt Roth a. a. O. S. 389 auf. Daß der König über diese Uebertretungen zu Gericht zu sitzen pflegte, ergeben l. Alam. Hloth. 24, 25, 26, 35, l. Baiuw. II. 1 §. 3, II. 9, capit. Aquisgr. a. 810 c. 12 („herisliz", über welche auch capit. Aquisgr. a. 801. c. 3 zu vgl. ist), capit. Aquisgr. a. 817 cap. leg. add. c. 20 („— quicunque illud (sc. proprium nostrum) scienter per malum ingenium acquirere temptaverit, pro infidele teneatur, — — et ideo secundum nostram voluntatem et potestatem dijudicandus est"), dann aber insbesondere Einhardi annal. a. 788, 792 (Pertz: Script. I. p. 172, 179), annal. Lauriss. a. 788 (Pertz: I. p. 172), annal. Laurish. a. 786, 792 (Pertz: I. p. 32, 35), annal. Fuld. a. 820, 863, 899 (Pertz I. 357, 374, 414), Astronomus c. 30 (Pertz II. p. 622). — Ueber das vorcarolingische Recht vgl. auch Gregor. Tur. V. 26, VIII. 26, 29, 43.

21) Hierbei ist vornämlich an fiscalische Sachen zu denken. Daß der König durch seine Beamten vertreten als Kläger wegen civilrechtlicher Ansprüche vor Gericht auftrat, beweisen capit. Aquisgr. a. 817 cap. per se scrib. c. 6, capit. in Theod. villa a. 821 c. 3; daß er aber über solche Ansprüche auch selbst zu Gericht saß, ergibt sich aus einem Bericht der ann. Fuld. a. 852) Pertz: Script. I. p. 368), nach welchem Ludwig der Deutsche auf einer Reise nach Sachsen „habito generali conventu tam causas populi ad se perlatas justo absolvit examine, quam ad se pertinentes possessiones juridicorum gentis decreto recepit." — Als Verklagter jedoch gab der König nach fränkischem Herkommen vor den Gerichten überhaupt kein Recht, sondern ließ über die gegen ihn erhobenen Ansprüche eine commissarische Untersuchung anstellen, und entschied dann selbst „per praecepti nostri auctoritatem." Cf. capit. Aquisgr. a. 817 cap. leg. add. c. 11 in f., cap. miss. c. 1, 2, resp. misso data a. 819 c. 1, capit. in Theod. villa a. 821 c. 2, capit. Worm. a. 829 cap. gen. c. 10, und dazu Roth a. a. O. S. 222 Note 95, Feudalität S. 225.

22) Vgl. die urkundlichen Belege bei Sohm I. S. 177 Note 130.

23) Capit. Pipp. inc. a. c. 7 (Pertz I. p. 31), capit. Mant. a. 781 c. 2, 3, capit. Worm. a. 829 alia cap. c. 15. Vgl. auch Note 11.

24) Capit. Pipp. inc. a. c. 7 [„— et si reclamaverit, quod legem ei non judicassent, tunc licentiam habeat ad palacium venire pro ipsa causa"], capit. Baioar. a. 803 c. 7. Das Schelten richtet sich gegen den Spruch der Schöffen, und muß sofort geschehen, bevor die Gemeinde ihren Vollbort ertheilt. Cf. capit. in Theod. villa a. 805 II. c. 8, (wiederholt in Hloth. I. constit. Pap. a. 832 c. 5) und dazu Brunner: Zeugen und Inquisitionsbeweis S. 52 fg.

Wendung zu nehmen droht, an das Königsgericht mit Rücksicht auf die in demselben Statt findende billigere Beurtheilung[25] gebracht wird (reclamare ad regis definitivam sententiam),[26] was freilich nicht allgemein, sondern nur auf Grund eines zu Gunsten des Königsguts, der königlichen Beneficien, der königlichen Eigenklöster, der in das königliche mundium aufgenommenen Personen und Institute, so wie später auch der königlichen Vasallen geltenden besonderen Vorrechts erlaubt ist.[27] — Diese Sachen also sind es, in welchen der König in der carolingischen Zeit thätig wird. Freier scheint sich die Gerichtsbarkeit des Königs und eben so die ihr parallel gehende der Stammesherzoge, welche bis zum 8. Jahrhundert über ihre dem fränkischen Reich unterworfenen Völker (Alamannen, Baiern) eine vicekönigliche Macht übten,[28] in der vorcarolingischen Zeit bewegt zu haben; jedoch sind die Grenzen, in denen sie dies that, schwer zu ermitteln.

Das Königsgericht wird wöchentlich an einem Tage[29] entweder vom Könige selbst unter Beistand des Pfalzgrafen (comes palatii),[30] oder in den Sachen geringerer Leute („ad pauperum et minus

25) Vgl. darüber Hincm. Rem. de ordine palatii c. 21 (bei Walter: Corp. jur. germ. III. p. 767), auf welche Stelle Brunner: Wort und Form im altfranzösischen Proceß, in den Sitzungsberichten der kais. Akad. der Wiss. phil. hist. Cl. LVII. S. 676 Note 2 aufmerksam macht. Es ist dabei nicht bloß an die strengen Formen des Processes und die daraus entspringenden Nachtheile, sondern auch an das materielle Recht zu denken.

26) Diese reclamatio ad regis definitivam sententiam ist erst von Brunner: Zeugen- und Inquisitionsbeweis S. 51 fg. ins rechte Licht gestellt worden. In den Capitularien wird sie verhältnißmäßig selten erwähnt. — Cf. capit. in Theod. villa a. 805. c. 8 (wo die „litterae" auf das Reclamationsprivileg zu beziehen sind), capit. Vern. a. 884 c. 11 —, sonst häufig.

27) Ueber die aufgezählten Fälle vgl. Brunner: Die Entstehung der Schwurgerichte S. 71, 72, und über den letzten derselben insbesondere capit. Vern. a. 884 c. 11. Die in den Mundbriefen vorkommende Clausel lautet (nach Roz. 12) in ihrer entwickelteren Fassung: „— Quod si aliquae causae adversus eum vel homines ejus — surrexerint vel ortae fuerint, quae infra patriam absque suo gravi et iniquo dispendio definitae esse nequiverint, usque ad praesentiam nostram sint suspensae vel conservatae, qualiter ibi secundum aequitatis et rectitudinis ordinem finitivam accipiant sententiam". Vgl. Brunner: Zeugen S. 51.

28) Vgl. Sohm a. a. O. I. S. 164, 410 Note 69, S. 455, 474.

29) Capit. Aquisgr, a. 828 epist. gen. pop. leg., capit. Worm. a. 829 alia cap. c. 15, conv. Caris. a. 877 c. 17.

30) Ueber die Beziehung des Pfalzgrafen zum Königsgericht im Allgemeinen vgl. Hincm. Rem. de ord. pal. c. 19, 21 (Walter: Corp. jur. germ. III. p. 766, 767), und über die Art des von ihm dem König im Gericht geleisteten Beistandes Marc. form. I. 37, 38 (Roz. 444, 453), app. 38 (Roz. 443), capit. de ord. palat. a. 809 c. 6, conv. Caris. a. 877 c. 17. Rechten Aufschluß geben diese Stellen jedoch nicht: am zutreffendsten möchte der Vergleich seiner Stellung mit der des Centenars gegenüber dem Grafen sein.

potentium justitias faciendas"), so wie auf speciellen Befehl auch in wichtigeren Sachen („causae potentiores") vom Pfalzgrafen gehalten,[31] den wir in dieser Stellung wenigstens unter Karl d. Gr. und nachher beinahe noch zwei Jahrhunderte[32] finden. Der Gerichtsort ist durch die Gegenwart des Königs gegeben, mithin gewöhnlich eine der königlichen Pfalzen;[33] als Urtheiler fungiren die gerade anwesenden Freien, und zwar gewöhnlich die am Hofe befindlichen Beamten, Bischöffe und Großen[34] und das Verfahren zeichnet sich dadurch aus, daß es in manchen Beziehungen von dem im untergerichtlichen Verfahren geltenden Proceßformalismus entbunden ist.[35]

Den Character eines unmittelbaren Vertreters des Königs aber hat nicht nur der Pfalzgraf, sondern fern vom königlichen Hofe haben ihn auch die missi dominici,[36] die königlichen „Waltboten"[37] (von „Gewalt", d. i. Vollmacht), welche hier als die von Karl d. Gr.[37] in die Reichsverwaltung eingereihten ordentlichen Waltboten gedacht sind, und mit den schon früher vorkommenden, zu einzelnen Geschäften verwandten außerordentlichen Waltboten nicht verwechselt werden dürfen.[38] Die ordentlichen Waltboten des Königs werden jährlich auf ein Jahr ernannt,[39] und erhalten die allgemeine Vollmacht,[40] innerhalb eines bestimmten

31) Capit. Aquisgr. a. 812 c. 2.

32) Vgl. Franklin: Das Reichshofgericht II. S. 110 Note 2.

33) Daher wird in den Capitularien und Urkunden „praesentia regis" und „palatium" alternirend gebraucht. Doch war das Königsgericht nicht rechtlich an das Palatium gebunden; es konnte auch an anderen Orten gehalten werden. Vgl. Waitz a. a. O. IV. S. 417 Note 2, 3, Walter: Deutsche R. G. §. 619 Note 1.

34) Cf. Marc. I. 25 (Roz. 442) und dazu Bethmann-Hollweg a. a. O. I. §. 66 Note 101. Daß aber rechtlich keine andere Voraussetzung bestand, als die Freiheit, beweist die öftere Erwähnung von „fideles", d. h. freien Unterthanen — vgl. Roth a. a. O. S. 284 — unter den Urtheilsfindern.

35) Vgl. Sohm I. S. 166, Brunner: Die Entstehung der Schwurgerichte S. 60 Note 1

36) Capit. Aquisgr. a. 809 c. 23: „Quod missos nostros ad vicem nostram mittimus". Ficker a. a. O. (Note *) II. S. 1, 7 weist für den missus die Bezeichnung „vicarius imperatoris" nach. Im Allgemeinen vgl. über denselben Bürde: De missis dominicis, Berol. 1853, Waitz III. S. 371—405, IV. S. 346—351.

37) Dies ist der in Deutschland vielfach vorkommende Name. Vgl. Thudichum: Die Gau- und Markverfassung S. 59, Sohm I. S. 480.

38) Jedoch nicht erst durch das capit. Aquisgr. a. 802 c. 1, wie Waitz III. S. 380 annimmt. Cf. Einhardi annal. a. 798 (Pertz: Script. I. p. 185), und dazu Sohm I. S. 482 Note 12.

39) Sohm I. S. 481.

40) Waitz III. S. 389.

Sprengels die auf die innere Verwaltung bezüglichen königlichen Regierungsrechte auszuüben (was der Ausdruck „ad justitias faciendas“ [41] bedeutet), und insbesondere dann Recht zu schaffen, wenn dazu der Graf als der Orts- und Unterrichter nicht geneigt oder außer Stande sei.[42] Sie sollen zu diesem Zwecke in vier verschiedenen Monaten Gericht halten,[43] bilden aber dem Grafen gegenüber keine höhere Instanz [44] — eine Instanzenfolge kennt diese Zeit überhaupt nicht —, sind sogar, wie die Urkunden bezeugen, an dieselben Gerichtsstätten und dieselben Urtheiler gewiesen, wie der Graf,[45] und zeichnen sich vor diesem nur dadurch aus, daß die ihnen aufgetragene königliche Gerichtsbarkeit einen größeren Sprengel (missaticum) [46] und eine sich in der Anwendung des Königsbanns (von 60 solidi) [47] und des königsgerichtlichen Verfahrens [48] bekundende höhere Gerichtsgewalt hat. Der König wird, wie im königlichen Gericht durch den Pfalzgrafen, so im Grafengericht durch den ordentlichen Waltboten vertreten.

Immerhin aber ist die königliche Gerichtsbarkeit eine außerordentliche;[49] die ordentliche Gerichtsbarkeit hat der König gerichtsverfassungsmäßig den Grafen, und in gewissem Maaße den Unterbeamten der Grafen, den Schultheißen, verliehen.

2. Grafen und Schultheißen gab es schon vor der Gründung des fränkischen Reichs; einen grafio in jedem Gau (pagus),[50]

---

41) Vgl. über diesen regelmäßig wiederkehrenden Ausdruck Einhardi annal. a 798 (Pertz: Script. I. p. 185), annal. Lauresh. a. 802 (Pertz I. p. 91), capit. Aquisgr. a. 802 c. 1, capit. in lege Rib. mitt. a. 803 c. 9, capit. Aquisgr. a. 817 cap. miss. c. 24.

42) Capit. Aquisgr. a. 812 c. 8 [„— propter justitias, quae usque modo de parte comitum remanserunt“], a. 817 cap. miss. c. 24 [„— ibi moras faciant, ubi justitia vel minus vel neglegenter facta est“], c. 25, capit. Aquisgr. a. 825 cap. miss. c. 2.

43) Capit. Aquisgr. a. 812 c. 8.

44) Von einer solchen ist namentlich auch capit. Aquisgr. a. 825 cap. miss. c. 2 nicht zu verstehen [„— ad hoc eos esse constitutos, ut quicunque per neglegentiam, aut incuriam vel impossibilitatem comitis justitiam suam acquirere non potuerit, ad eos primum querelam suam possit deferre, et per eorum auxilium justitiam adquirere“]. Die „querela“ ist nicht Beschwerde, sondern Klage.

45) Vgl. die Belege bei Sohm I. S. 493 fg.

46) Waitz a. a. O. III. S. 385, 386.

47) Capit. misso data a. 803 c. 5. Vgl. auch die Beispiele bei Brunner: Zeugen S. 147.

48) S. die Nachweisungen bei Sohm I. S. 500 fg.

49) Vgl. Sohm I. S. 179.

50) Lex Sal. (ed. Merkel) L. 2: „— ambulet ad grafionem loci illius, in cujus pago manet“. Vgl. dazu Sohm I. S. 74 fg.

wogegen sacebarones, d. i. causidici, Schultheißen,[51] an den einzelnen Gerichtsstätten („in singulis mallobergis"), oder was dasselbe ist, in jeder Hundertschaft (centena)[52] als der Unterabtheilung des Gaues nicht mehr als drei sein sollen.[53] Beide aber standen eben so wie der König außerhalb der Gerichtsverfassung; sie waren keine richterlichen, sondern vom König ernannte[54] Administrativbeamte, und hatten zur Rechtspflege nur insofern eine Beziehung, als der Graf mit der außergerichtlichen Execution gerichtlicher Urtheile[55] und mit der Beitreibung der kraft öffentlichen Rechts an den König fallenden Leistungen, mithin auch der Friedensgelder (freda),[56] der sacebaro nur mit der Beitreibung der Friedensgelder betraut war,[57] wogegen der Gerichtsversammlung der Hundertschaft der von der Volks- (d. i. Stammes-) Versammlung erwählte[58] thunginus oder centenarius vorstand.[59] In Folge der Reichsgründung aber ging hiermit eine große Veränderung vor. Das richterliche Amt des thunginus erlischt, ohne daß die Hundertschaftsversammlung aufhört, die alleinige Gerichtsversammlung zu sein, und an die Stelle des thunginus traten nunmehr jene königlichen Beamten, der Graf[60] und der Schultheiß.[61]

---

51) Dies ist die neuerdings von Sohm I. S. 93 fg. gegebene Erklärung, nach welcher das Wort abzuleiten ist von sace (saca), d. i. Sache, Straffache, Buße, und barian, d. i. darlegen, ansagen, einfordern. Eine Zusammenstellung der bisher aufgestellten Ansichten findet sich bei Sohm I. S. 84 Note 38, und eine Critik derselben S. 95, 96.

52) Die „centena" wird zuerst genannt in decr. Chlothar. II. c. 1 und decr. Childeb. II. c. 11, 12, beide c. a. 596 (Pertz I. p. 11 und p. 9), und zwar im örtlichen Sinne, woneben sie in jenen Stellen allerdings auch eine persönliche Vereinigung von Centleuten zu Wachtdiensten bezeichnet. Vgl. Sohm I. S. 182 fg.

53) L. Sal. LIV. 3.

54) Dies beweist ihr dreifaches Wehrgeld. Cf. lex Sal. LIV. 1, 2.

55) L. Sal. XLV. 1, L. 2, 3.

56) L. Sal. L. 2, LIII.

57) Die einzige von der Thätigkeit der sacebarones handelnde Stelle ist l. Sal. LIV. 3 in der zweiten Hälfte, welche nach Sohm I. S. 88 fg. so viel sagt, als wenn geschrieben wäre: et si causam (i. e. compositionem), quae eis solvitur, factam (i. e. redditam s. solutam) dixerint, haec a grafione non requiratur, unde illi securitatem fecerunt. Da der sacebaro wesentlich dieselben Aufgaben hat, wie der grafio, so nennt ihn ein Codex der lex Salica passend „obgrafio", Untergraf. Vgl. Sohm I. S. 193.

58) Vgl. Note 6.

59) L. Sal. XLIV. 1, XLVI, L. 1, LX.

60) In Betreff des Grafen ergibt sich dies schon aus den ersten, wahrscheinlich noch der Zeit Chlodwich's angehörigen Zusätzen zur lex Salica. Cf. l. Sal. LXXI, LXXIII. Urkundliche Belege gibt Sohm I. S. 151 fg.

61) Der Schultheiß (centenarius) wird als Richter schon erwähnt in l. Rib. L, und in einer jüngeren Textform von l. Sal. LIV, welche in der

Der Graf (grafio, comes) wird nach wie vor vom Könige bestellt, nach einem Edict Chlotars II. a. 614 c. 12 aus den begüterten Angehörigen des Gaues; er ist der Regierungsbeamte des Königs für den Gau (pagus, comitatus, auch wohl patria),[62] und übt als solcher die königlichen Regierungsrechte, und zwar nicht bloß die gerichtlichen, sondern auch die finanziellen, administrativen und militärischen mit Hülfe des Grafenbannes (von 15 solidi bei den Franken)[63] innerhalb der feststehenden Schranken aus, welche seine Amtssphäre gegen die höhere Gewalt des Königs abgrenzen,[64] ohne daß sie den König verhindern, die gräflichen Functionen selbst oder durch einen Waltboten[65] auszuüben, oder sie einem zu militärischen Zwecken über mehrere Gaue gesetzten (Amts- nicht Stammes-) Herzoge in Concurrenz mit den Grafen dieser Gaue anzuvertrauen,[66] wie dies vielerwärts in der vorcarolingischen Zeit vorkommt,[67] und auch später noch in der Stellung der Markgrafen nachklingt.[68] Wogegen aber auch der Graf die Befugniß hat, sich in den ihm obliegenden Geschäften durch einen missus vertreten zu lassen, und einem solchen entweder ein specielles Mandat für einzelne Geschäfte,[69] oder wie es in carolingischer Zeit häufig geschah, ein generelles Mandat zur vollen Ausübung der Grafenrechte zu ertheilen,[70] in welch letzterem Falle der Waltbote des Grafen

---

Warschauer Handschrift lautet: „— et si causa aliqua ante illos (sacebarones) legibus fuerit diffinita, ante grafionem eam removere non licet". Vgl. Sohm I. S. 415 fg.

62) Vgl. Waitz: Das alte Recht S. 138, 139 und besonders Sohm I. S. 78 fg.

63) Der Grafenbann war nach den Landesrechten verschieden. Cf. capit. exc. a 802 c. 57 und dazu Sohm I. S. 173 fg. Daß er bei den Franken 15 sol. oder ein Mehrfaches davon betrug, ergibt sich aus capit. in leg. Sal. mitt. a. 803 c. 2. Vgl. auch l. Sal. LXVIIa, nov. 273, 355 (ed. Merkel), und dazu Sohm I. S. 175 Note 125.

64) Vgl. hierüber Sohm I. §. 7.

65) S. Note 37.

66) Vgl. Sohm I. §. 18. Dem Herzog, wie dem Grafen, steht das Aufgebot zum Zweck der Aufrechthaltung des Landfriedens und der Landesvertheidigung zu; nur hat der Herzog den größeren Sprengel.

67) Ueber die Aufhebung der Herzogthümer durch Karl d. G. vgl. Waitz a. a. O. III. S. 309 fg.

68) Cf. Mon. Sangall. I. 13 (Pertz: Script. II. p. 736 [„— Karolus nulli comitum nisi his, qui in confinio vel termino barbarorum constituti erant, plus quam unum comitatum aliquando concessit"], ann. Lauriss. a. 799 (Pertz I. p. 186) [„Wido comes, qui in marca Britannica praesidebat, una cum sociis comitibus Britanniam ingressus —"], und dazu Waitz III. S. 313 fg., Sohm I. S. 479.

69) Beispiele gibt Sohm I. S. 509, 510.

70) Schon in dem ed. Guntchr. a. 585 [„quoscunque de latere suo"] und in der l. Alam. Hloth. XXXVI kommen ständige missi comitis vor; aber

ein wahrer vicecomes (so oder auch vicedominus, Vitzdum genannt),[71] ein für die Regierung der Grafschaft, und zwar gewöhnlich der ganzen Grafschaft[72] bestellter ständiger Vertreter ist, und zu allen sonst nur dem Grafen selbst zustehenden Functionen, insbesondere zum Vorsitz im ächten Ding, im Gericht nach Volksrecht (mallus legitimus, placitum legitimum) autorisirt erscheint.[73]

Der Schultheiß andererseits, jetzt nur noch selten sacebaro, gewöhnlich centenarius oder vicarius, vielerwärts auch tribunus, sculdasius genannt,[74] ist Unterbeamte des Grafen geworden,[75] wird als solcher vom Grafen[76] unter einer gewissen Mitwirkung der Gerichtsversammlung[77] bestellt, und kann nur noch mittelbar zu den Beamten des Königs gezählt werden.[78] Er ist im Bereiche der Hundertschaft, der centena oder vicaria (provinciell auch condita, ager, aicis, arum, sculdasia, und nicht gerade technisch territorium, ministerium, pagus in dem allgemeinen Sinne von Amtsbezirk),[79] der Unterbeamte und Beistand des Grafen, und hat als solcher die öffentlichen Einkünfte des Königs, die regelmäßigen

---

erst in carolingischer Zeit erscheinen sie häufiger. Dies ergeben Walafr. Strabo in form. Alsat. 3 (bei Walter: Corp. jur. germ. III. p. 527) [„Porro sicut comites quidam missos suos praeponunt popularibus, qui minores causas determinent, ipsis majora reservent —“], capit. Aquisgr. a. 828 cap. miss. c. 3 [die Nachforschungen der königlichen missi sollen in Betreff des Grafen darauf gerichtet sein „quales ministros habeat ad populum regendum vel missos“], und die Urkunden jener Zeit. Vgl. Sohm I. S. 513 fg.

71) Belege bei Sohm I. S. 514 fg.

72) Urkundliche Nachweisungen gibt Sohm I. S. 521 fg.

73) Vgl. Sohm I. S. 523 fg.

74) Die bisher allgemein verkannte Identität von centenarius und vicarius wird von Walafr. Strabo (bei Walter Corp. jur. germ. III. p. 527) ausdrücklich bezeugt [„Centenarii, qui et Centuriones et vicarii —“], und ist von Sohm I. S. 214 fg. durch eine große Zahl weiterer Belege über jeden Zweifel erhoben worden. Ueber die Bezeichnungen „tribunus“, „sculdasio“, „sacebaro“ vgl. Sohm I. S. 230 fg., S. 262 fg., S. 265, 266.

75) Dies findet seinen Ausdruck darin, daß von „comites et vicarii eorum“ die Rede ist, und daß die Centenare geradezu „ministri comitum“ genannt werden. Vgl. Sohm I. S. 244.

76) Vgl. Guntchr. reg. ed. a. 585, form. Merkel. 51 (Roz. 886), und die weiteren Belege bei Sohm I. S. 242 fg., welcher übrigens hervorhebt, daß das Ernennungsrecht des Grafen den König nicht verhindert habe, auch selbst oder durch seine missi Centenare zu ernennen.

77) Capit. Aquisgr. a. 809 c. 11: „Ut — Centenarii, scabinii — constituantur — cum (i. e. a.) comite et populo“. Daß aber die „centenarii electi“ des decr. Chloth. II. c. a. 585 c. 8 (Pertz I. p. 13) keine Centenare im obigen Sinne, sondern aus den Centgemeinden für den Sicherheitsdienst ausgehobene Wachtmannschaften sind — vgl. Note 52 — weist Sohm I. S. 182 fg. nach.

78) Daß es geschieht, beweisen die Beispiele bei Sohm I. S. 241, 242.

79) Ueber diese Bezeichnungen vgl. Sohm I. §. 8.

und die außerordentlichen, beizutreiben, das Aufgebot des Grafen zum Heerzuge zu verkündigen, die zum Schutz der Cent gegen Diebe und Räuber ausgewählten Centleute, wie nicht minder die in Dienst genommenen Polizeimannschaften zu befehligen, Civil- und Criminalurtheile zu exsequiren,[80] und insbesondere auch die richterliche Thätigkeit des Grafen zu unterstützen, indem er den ächten Dingen neben dem Grafen zu präsidiren hat,[81] den gebotenen („cetera placita") auch allein präsidiren kann.[82]

Mit dem Gegensatz der ächten und gebotenen Dinge hat es aber folgende Bewandtniß.

Die ächten Dinge (mallus legitimus, placitum legitimum), d. h. diejenigen, welche um der allgemeinen Zwecke der Rechtspflege willen gerichtsverfassungsmäßig in festen Zeitabschnitten, nach fränkischem Recht von 40 zu 40 Nächten, d. i. alle 6 Wochen,[83] wennschon nicht ohne vorgängige Fixirung und Ansage des Tages[84] wiederkehren,[85] waren zur Zeit der lex Salica noch so sehr die einzig wahren Gerichte, daß selbst die Acte der freiwilligen Jurisdiction, außer soweit dieselben die gerichtliche Vornahme bloß der Oeffentlichkeit wegen erforderten, nur in ihnen vorgenommen werden konnten,[86] während sich in der späteren Zeit ihre ausschließliche Competenz auf den Beginn und die Beendigung[87] der majores

80) Vgl. über das Vorstehende Sohm I. S. 257 fg.

81) Cf. l. Alam. Hloth. XXXVI. 1, 2, 3, Marc. app. 1, 3, 6 (Roz. 498, 472, 477), Roz. 398, und dazu die urkundlichen Belege bei Sohm I. 406 fg.

82) Capit. Aquisgr. a. 817 cap. per se scrib. c. 15, cap. miss. c. 14 [„Ad cetera vero (placita), quae vicarii vel centenarii tenent —"]. Es kommen allerdings Beispiele vor, daß der Centenar dem ächten Ding präsidirt, er ist aber dann zum missus comitis bestellt. Vgl. Sohm I. S. 511 fg.

83) Cf. l. Sal. XC, form. Lind. 88 (Roz. 108), app. Marc. 29 (Roz. 492), Sirm. 30 (Roz. 491), Merkel 29 (Roz. 481), 43 (Bign. 12, Roz. 502), ed. Pist. a. 864 c. 33, und die urkundlichen Belege bei Sohm I. 392 fg.

84) Capit. in Theod. villa a. 805 c. 16 [„non saepius fiant manniti ad placita"], capit. Olonn. a. 823 c. 13 [„neque cogantur ad placita venire praeter ter in anno"], capit. Lamb. a. 898 c. 6. Vgl. auch conc. Tribur. a. 895 c. 9 (Mansi: Sacr. conc. coll. XVIII. p. 137) [„— comes — placitum cum populo suum condixerit, et per bannum illuc venire praeceperit"].

85) Nach dieser Definition besteht das Characteristische der ächten Dinge in ihrer regelmäßigen Wiederkehr, nicht darin, daß zu ihnen keine Ansage und Gebot Statt fand, wie Grimm: Deutsche R. A. S. 827, 837, Maurer: Gesch. des altgerm. G. V. §. 16 a. E., §. 121, Schulte: Lehrb. der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte §. 125 sub II. annehmen. Vgl. Sohm I. §. 15.

86) Das obige Resultat ergibt sich aus der Vergleichung von l. Sal. XLIV. 1, XLVI in. mit l. Sal. XLVI in f. (von den Worten „Et postea" an), LX. Vgl. Sohm I. S. 390 fg.

87) Cf. capit. Aquisgr. a. 810 c. 2 [„non terminetur aut adquiratur"] und dazu Sohm I. S. 426, 427, welcher weitere Belege gibt.

causae[88] beschränkt, als welche, wenn nicht schon früher, so jedenfalls in der carolingischen Zeit Processe über Freiheit und Grundeigenthum, so wie peinliche Sachen betrachtet werden.[89] Sie sind die eigentlichen Grafengerichte, verlangen seit Gründung des fränkischen Reichs den Vorsitz des Grafen, des vicecomes oder Herzogs, welche alle bei Grafenbann dingen, und den Mitvorsitz des Centenars, können jedoch auch von dem bei Königsbann dingenden missus dominicus präsidirt werden, und zeichnen sich außerdem dadurch aus, daß sie an ächter, in jeder Cent von Alters her üblicher Malstatt[90] (mallobergus),[91] zu ächter Dingzeit, d. h. nicht in den Fasten,[92] und drei Tage lang nacheinander (per triduum)[93] gehalten werden müssen. Wozu noch als weiteres, ihnen anfänglich mit den gebotenen Dingen gemeinsames Erforderniß die Theilnahme derjenigen Centgemeinde kommt, an deren Malstatt der Graf gerade zu Gericht sitzt. Es ist dies ein Punct, welcher besondere Beachtung verdient. Obwohl die Grafschaft einen einzigen, mehrere Centen umfassenden Gerichtssprengel bildet,[94] und alle Eingesessenen der Grafschaft, Einwohner wie Grundeigenthümer, vor dem Grafengericht ihren allgemeinen Gerichtsstand haben,[95] ist

---

88) Dieser in einer Urk. Ludwig des Fr. v. J. 815 (bei Sickel: Acta reg. et imper. Karol. L. 41) vorkommende Ausdruck bildet den Gegensatz zu den „minores causae" derselben Urkunde, den „leviores causae, quae facile possunt dijudicari" des capit. Langob. Pipp. a. 801—810 c. 14 (Pertz I. p. 104).

89) Die Hauptstelle ist capit. Aquisgr. a. 812 c. 4: „Ut nullus homo in placito centenarii neque ad mortem, neque ad libertatem suam amittendam, aut ad res reddendas vel mancipia judicetur, sed ista aut in praesentia comitis vel missorum nostrorum judicentur". Vgl. dazu capit. Lang. Pipp. a. 801—810 c. 14 (Pertz I. p. 104), capit. Aquisgr. a. 810 c. 2 und die in Note 88 citirte Urk. Ludwig des Fr. v. J. 815, so wie die weiteren Belege bei Sohm I. S. 419 fg.

90) Capit. Aquisgr. a. 817 cap. leg. add. c. 14.

91) Dieser Bezeichnung bedient sich die l. Sal. LIV. 3, LVI, LVII. 1, auch noch XCVI. 1; später kommt sie nur selten vor, und wird durch den Ausdruck „mallus" ersetzt.

92) Kar. II. synod. Suess. a. 853 cap. miss. c. 8.

93) Cf. form. Andeg. 13 (Roz. 501) [„— ad placetum suum adfuit, et triduum legibus custodivit et solsadivit"], 14 (Roz. 500), und dazu Sohm I. S. 363 fg., welcher zahlreiche Beispiele gibt.

94) Dies ergibt sich schon aus Extrav. leg. Sal. c. 1, 2 (ed. Merkel p. 99, 100) und capit. Hlud. P. a. 814 (oder 815) c. 2 (bei Pertz I. p. 84 als capit. Car. M. Ticin. a. 801 c. 10), in welchen Stellen die Gerichtssprengel ganz unzweideutig nach Grafschaften (das ist die Bedeutung von „patria") gegen einander abgegrenzt erscheinen. Vgl. Sohm I. S. 315 fg. und im Allg. §. 13.

95) Eine Vergleichung von lex Alam. Hloth. XXXVI. 2 [„Et si quis aliquem mallare vult de qualecunque causa, in ipso mallo publico debet mallare ante judice suo"] mit capit. Olonn. a. 823 c. 7 [„Volumus ut

dieses doch stets ein vor der versammelten Gemeinde einer einzelnen Cent[96] gehaltenes Gericht. Eine Cent nach der anderen bereisend[97] hält der Graf in jeder das ächte Ding für die ganze Grafschaft ab, und er braucht daher in einer Grafschaft, die etwa vier Centen hat, zu den alle 6 Wochen wiederkehrenden ächten Dingen die einzelne Centgemeinde nicht öfter als zwei Mal im Jahre zu berufen.[98] Während sich also die Eingesessenen der Grafschaft als Parteien und Zeugen auf Ladung an jeder Malstatt stellen müssen, sind sie als Urtheiler nur an der Malstatt ihrer Cent zu erscheinen verpflichtet. Die urtheilfindende Centgemeinde aber besteht aus allen in der Cent wohnenden oder ohne Wohnung mit freiem Grundbesitz angesessenen freien Leuten (pagenses, boni homines)[99] mit alleiniger Ausnahme der Rechtlosen,[100] also nicht etwa bloß aus den freien Grundeigenthümern,[101] und eben so

episcopi — eorum advocatos habeant, et pleniter justitias faciant ante comitem suum"] führt zu dem oben gezogenen Resultat, daß der ordentliche Richter des Verklagten der Graf ist. Ueber die Begründung dieses allgemeinen Gerichtsstandes durch Wohnsitz und Grundbesitz aber vgl. l. Rib. XXXI. 3—5, capit. Hlud. P. a. 814 (oder 815) c. 2 (s. die vor. Note), lex Rom. Cur. C. Th. II. 1 §. 4 und nov. Mart. 1, — capit. Lang. Pipp. a. 782—786 c. 6 (Pertz I. p. 43), capit. Lang. Pipp. a. 801—810 c. 10 (Pertz I. p. 104) capit. Hlud. II. inc. orig. (Pertz I. p. 388), ed. Pist. a. 864 c. 6, und dazu Sohm 1. §. 12.

96) Nicht des ganzen Gaues, wie Maurer a. a. O. (Note 85) §. 63, Savigny a. a. O. (Note *) I. S. 249, 250 schlechthin, — Waitz a. a. O. II. (2. Aufl.) S. 495 fg., IV. S. 312 fg., Walter: Deutsche R. G. §. 98, 102, Schulte: Deutsche R. G. §. 47. V. wenigstens für die carolingische Zeit behaupten. Die im Text vorgetragene Ansicht ist schon von Eichhorn: Deutsche St. und R. G. I. S. 393 fg., S. 399, und Thudichum: Die Gau- und Markverfassung S. 82 fg. aufgestellt worden, ihre rechte Begründung hat sie aber erst durch Sohm I. §. 11, 13 erhalten, welcher von der für das Grafengericht constant gebrauchten Bezeichnung „mallus" ausgehend den Nachweis erbringt, daß zur Vereidigung der Unterthanen, zur Heeresmusterung, zur Gesetzesverkündigung die Centgemeinden entboten werden, und da die zu einem dieser Zwecke berufene Versammlung placitum oder mallus heißt, den Schluß zieht, daß mallus eine Centversammlung ist.

97) Cf. Gregor. Tur. VIII. 18 und dazu Sohm I. §. 10.

98) Daraus erklärt sich das capit. Car. M. c. a. 770 (Pertz I. p. 33): „Ut ad mallum venire nemo tardet, primum circa aestatem, secundo circa autumnum. Ad alia vero placita, si necessitas fuerit, vel denunciatio regis urgeat, nemo venire tardet."

99) Conv. Caris. a. 857 c. 2. Ob das capit. miss. a. 786. c. 2 (bei Pertz I. p. 51 als capit. Lang. a. 786 c. 7) verb. „tam de illis, qui infra pago nati sunt, pagensales fuerint, quamque et de illis, qui aliunde in bassallitico commendati sunt" den gleichen Sinn hat — was Sohm I. S. 337 annimmt —, scheint doch zweifelhaft. Dem Wortlaut nach ist der Unterschied von Eingeborenen und Zugezogenen ausgedrückt.

100) Arg. Capit. Aquisgr. a. 809 c. 1.

101) Wie bisher meist angenommen wurde. Vgl. z. B. Eichhorn in der Zeitschr. für gesch. R. W. I. S. 174, Deutsch. St. und R. G. I. S. 747, Sa-

wenig aus einem gewählten Ausschuß.[102] Zwar werden für jede Gerichtssitzung sieben Rathgeber der Gemeinde, rachim burgii,[103] auserwählt,[104] welche auf dem Gerichtsplatz sitzend durch ihre Thätigkeit vor den übrigen Centleuten, dem Umstande,[105] deutlich hervortreten.[106] Allein die Aufgabe dieser Rachimburgen ist lediglich ein Urtheilsvorschlag; die eigentliche Entscheidung, d. i. die Billigung des vorgeschlagenen Urtheils, und die Wahl bei zwiespältigem Vorschlage fällt dem Umstande zu.[107] Gerade die ungetheilte Mitwirkung der ganzen Centgemeinde ist eine characteristische Eigenthümlichkeit der ächten Dinge auch dann noch geblieben, als unter Karl d. Gr. mit den Rachimburgen eine Veränderung vorging, welche aufs engste mit dem Zurücktreten der Centgemeinde von dem gebotenen Ding zusammenhängt.

Die gebotenen Dinge[108] sind solche, die nicht auf einer ein

---

vigny a. a. O. I. S. 192, 325, Grimm: Deutsche R. A. S. 290, Waitz a. a. O. II. (2. Aufl.) S. 36, 464. Siehe dagegen Sohm I. §. 14, welcher neben anderen Gründen auch die Thatsache hervorhebt, daß unter den Urtheilern häufig Geistliche und Mönche vorkommen.

102) So Rogge: Ueber das Gerichtswesen der Germanen S. 72, 73, Grimm a. a. O. S. 774, Thudichum a. a. O. (Note 96) S. 57.

103) Cf. l. Sal. LVII, LXXVII (ed. Hilperichi regis pro tenore pacis) c. 7. Der Siebenzahl thun keine Erwähnung l. Sal. LVI, l. Rib. LV, capit. Pipp. ante a. 768 c. 7 (Pertz I. 31). Grimm a. a. O. S. 774 Note †† erklärt die rachimburgi für consilium ferentes, doch sind sie gelegentlich auch die zum Rachimburgenamt Fähigen, wie in l. Sal. L. 2, l. Rib. XXXII. 2, 3. Vgl. Sohm I. S. 373.

104) Bestritten ist, ob vom Kläger, vom Richter oder von der Gerichtsgemeinde. Das Richtige ist wohl, vom Richter mit Genehmigung der Gerichtsgemeinde, wie später die Schöffen a comite et populo. Vgl. über die Frage Sohm I. S. 378, welcher übrigens die Wahl ausschließlich der Gerichtsgemeinde beilegt. Ueber andere Ansichten Cohn: Die Justizverweigerung im altdeutschen Recht, Karlsruhe 1876 S. 18 fg.

105) Sie werden als adstantes, assistentes, häufig auch als testes, oder allgemeiner als boni homines, qui ibi aderant und in ähnlicher Weise bezeichnet. Vgl. Maurer a. a. O. §. 70 Note 25—27, 41—44, Sohm I. §. 16 Note 30—32, 47. Die einschlagenden Zeugnisse setzen freilich Scabinen voraus, was aber für den in Frage stehenden Sprachgebrauch ohne Bedeutung ist. Dies gilt auch von den folgenden Noten.

106) Ihre Thätigkeit wird bezeichnet als „causas audire, dirimere vel judicare", als „causas dirimere et legibus diffinire". Vgl. Sohm I. §. 16 Note 29.

107) Die Quellen dieser Zeit erwähnen freilich nur die Zustimmung. Cf. Schilter: Glossar. p. 597 (a. 727, Schoepflin: Alsat. diplom. I. p. 70 (a. 823 „ceterorum consensum"), Muratori: Antiqu. Ital. III. p. 167 (a. 853), Vita S. Amandi c. 12 bei Bouquet: Recueil de hist. III. p. 533, vielleicht auch Gregor. Tur. VI. 8, und dazu Siegel: Gesch. des deutschen G. V. I. §. 22, Sohm I. S. 381. Mit Rücksicht auf die Mitwirkung des Umstandes wird häufig das Urtheil der ganzen Gemeinde zugeschrieben. Vgl. die Belege bei Bethmann-Hollweg a. a. O. I. §. 66 Note 62, 63.

108) Das capit. Aquisgr. a. 817 cap. leg. add. c. 14 (Pertz I. p. 212) nennt sie „minora placita".

für alle Mal feststehenden Regel des Volksrechts beruhen, sondern von Amtswegen für eine einzelne Sache angeordnet werden.[109] Sie sind in formeller Beziehung weder an einen bestimmten Ort,[110] noch an eine bestimmte Zeit[111] und Dauer[112] gebunden, können auch vom Centenar präsidirt werden, welcher bei geringerem Banne als der Graf dingt,[113] und sind für alle Sachen competent, die nicht vor die ächten Dinge gehören, in der carolingischen Zeit also vorzugsweise für leviores causae,[114] d. i. für Klagen um bewegliches Gut und Klagen um Schuld.[115] Daß sie ursprünglich eben so wie die ächten Dinge vor der vollen Centgemeinde abzuhalten waren, die dieserhalb außerordentlicher Weise berufen werden mußte,[116] fand schon Erwähnung.

Besonders hierin aber lag ein Mißstand und der Anlaß zu mancherlei Bedrückung. War der Graf schon nicht behindert, die ächten Dinge ungleich auf die einzelnen Malstätten zu vertheilen, und folgeweise die eine Centgemeinde öfter zum Gerichte anzusagen, als die andere, so konnte er vollends die gebotenen Dinge beliebig vervielfältigen, und die nicht erschienenen ärmeren Centleute durch rücksichtslose Beitreibung des richterlichen Bannes schließlich zur Veräußerung oder Auftragung ihres Besitzes nöthigen.[117] Um dies zu verhindern, verordnete Karl d. Gr.,[118] 1. die einzelnen

109) S. über diese Definition Note 85.

110) Capit. Aquisgr. a. 817 cap. leg. add. c. 14 (Pertz I. p. 212).

111) Kar. II. synod. Suess. a. 853 cap. miss. c. 8 (wo die Worte „nisi de concordia et pacificatione discordantium" auf die gebotenen Dinge gehen), ed. Pist. a. 864 c. 32 (wo das für die Eidesleistung zu haltende Gericht als ein gebotenes anzusehen ist).

112) Ed. Pist. a. 864 c. 32.

113) Nach alamannischem Recht beträgt der Bann des Grafen 6 solidi, der das Centurio 3 solidi. Cf. l. Alam. Hloth. XXVIII. 3, 4.

114) S. Note 88.

115) Vgl. den Text zu Note 89, so wie zu Note 87, woraus sich ergibt, daß auch Zwischentermine in den majores causae vor dem gebotenen Ding abgehalten werden können.

116) Capit. Caroli M. c. a. 770 c. 12 (Pertz I. p. 33) S. Note 98.

117) Cf. capit. in Theod. villa a. 805 II. 16, und dazu capit. de exercit. a. 811 c. 2, 3, so wie Sohm I. S. 375.

118) Das Einführungsgesetz, welches verloren ist, wird mit Rücksicht auf das in Note 116 citirte Capitular nicht vor 770 zu setzen sein, und keinenfalls nach dem J. 780 mit Rücksicht auf eine Urkunde aus diesem Jahre, welche eine unverkennbare Beziehung auf die eingetretene Veränderung hat. Cf. Guérard: Cartulaire de l'abbaye de St. Victor de Marseille, nr. 31. Der für die gewählten Rachimburgen aufkommende Name „scabini" findet sich allerdings schon in einer ital. Urk. v. J. 774, ist aber um deswillen nicht vollkommen beweisend, weil er, wenn auch wahrscheinlich in dem Einführungsgesetz gebraucht, doch schwerlich von Karl d. G. erfunden ist. Vgl. Grimm a. a. O. S. 775, und überhaupt Sohm I. S. 388 fg.

Centgemeinden sollten nicht öfter als drei Mal im Jahre, und nur zu den ächten Dingen,[119] 2. zu den gebotenen Dingen dagegen nur die sieben Rachimburgen entboten,[120] und 3. die für gebotene wie für ächte Dinge erforderlichen Rachimburgen nicht mehr für die einzelne Gerichtsitzung, sondern auf Lebenszeit[121] aus den Freien,[122] und wie Ludwig d. Fr. hinzufügt, aus den wohlhabenderen Freien[123] vom Grafen unter Zustimmung der Centgemeinde[124] auserwählt werden. Diese sieben ständigen Rachimburgen, welche als solche gräfliche und mittelbar königliche Diener sind, werden auch[124] scabini[125] (judices, auditores, judiciarii, legum latores, legum magistri, legis doctores, senatores etc.)[126] genannt, in Deutschland Schöffen. Man darf jedoch nicht glauben, daß gerade in jeder Cent wenigstens sieben Schöffen bestellt worden seien.[127] In den ächten Dingen ließ sich die unvollständige Zahl leicht aus den erschienenen Centleuten ergänzen,[128] und für die

119) Capit. Pipp. a. 801—810 c. 14 (Pertz I. p. 104), capit. Aquisgr. a. 817 cap. per se scrib. c. 15, cap. miss. c. 14, priv. grat. Hloth a. 823 c. 2 (Pertz I p. 233 c. 13), capit. Lamb. a. 898 c. 6. Wegen der fortdauernden Theilnahme der ganzen Gemeinde werden die ächten Dinge jetzt auch placita generalia genannt, und allein noch mit dem Namen „mallus“ bezeichnet.

120) Capit. Pipp. a. 801—810 c. 14, capit. minora a. 803 c. 20, capit. Aquisgr. a. 809 c. 5, capit. miss. ante a. 810 c. 12 (Pertz I. p. 151), capit. Aquisgr. a. 817 cap. per se scrib. c. 15, cap. miss. c. 14, priv. grat. Hloth. a. 823 c. 2 (Pertz I. p. 233 c. 13).

121) Capit. Worm. a. 829 alia cap. c. 2 [„ut missi nostri, ubicunque malos scabinos inveniant, ejiciant“], Hlud. II. const. a. 856 cap. miss. c. 5 [„Quod si viles personae et minus idoneae ad hoc constitutae sunt, rejiciantur“].

122) Mit alleiniger Ausnahme der Rechtlosen. Cf. capit. Aquisgr. a. 809 c. 1, Hlud. II. const. a. 856 cap. miss. c. 5 (s. die vorige Note). Wenn sie nach dieser letzten Stelle „nobiles“ sein sollen, so ist damit nur die Freiheit gemeint. Vgl. Sohm I. S. 376.

123) Resp. misso data a. 819 c. 2 verb. „de melioribus hominibus illius comitatus“.

124) Der Name „rachimburgi“ kommt auch später noch vor, verschwindet aber allmählich. Cf. Marc. app. 1, 4, 6 (Roz. 498, 458, 477), form. Merk. 28, 29, 31 (Roz. 486, 481, 499), Bign. 26 (Roz. 464) und die weiteren Belege bei Sohm I. S. 383.

125) Grimm a. a. O. S. 775 leitet das Wort ab von scapan, schaffen, ordinare, decernere. Daraus erklärt sich, daß in carolingischer Zeit auch die Urtheilsfinder des Königsgerichts hin und wieder Scabinen (im untechnischen Sinne) genannt werden. Vgl. Sohm I. S. 382.

126) Vgl. Waitz a. a. O. IV. S. 327 Note 2, Sohm I. S. 383.

127) Cf. resp. misso data a. 819 c. 2 verb. „si tanti fuerint“ (d. h. wenn sich in allen Centen zusammen so viel, nämlich 12 Schöffen finden), capit. in Theod. villa a. 821 c. 5 verb. „si ibi secum suos scabinos habuerit“ (was voraussetzt, daß der Graf in der betreffenden die erforderliche Zahl von Schöffen möglicher Weise nicht findet), und dazu Sohm I. S. 452 fg.

128) Vgl. Sohm I. S. 451.

gebotenen Dinge genügte die vollständige Besetzung einer einzigen Cent, da auch rücksichtlich ihrer die Regel galt, daß jedes von ihnen, obwohl Centgericht, seine Competenz über die ganze Grafschaft erstrecke. Eine Pflicht der Schöffen, aus der einen Cent in die andere zu folgen, bestand an sich nicht;[129] sie hatten, weil vom Grafen ernannt, nur die Fähigkeit, in der ganzen Grafschaft als Schöffen zu fungiren.[130] Doch scheint es, da mitunter dieselben Schöffen in verschiedenen Centen vorkommen,[131] als ob der Graf in dieser Beziehung unter Umständen einen Zwang habe ausüben dürfen.[132]

3. Auf den großen Gütern war eine Menge von Unfreien bäuerlich angesiedelt,[133] welchen als solchen wie die Rechtsfähigkeit, so die Gerichtsfähigkeit versagt war. Sie galten dem öffentlichen Gericht als Sachen, und ihre Rechtsbeziehungen als Rechte und Pflichten des Leibherrn. Gegenüber ihrem Leibherrn jedoch erhielten sie eine wenn auch nicht volksrechtlich anerkannte rechtliche Stellung durch das in der unfreien Hofgenossenschaft entwickelte Herkommen, das Hofrecht. Und da der Beamte des Leibherrn das Hofrecht nicht nach Gutdünken, sondern gleich dem öffentlichen Beamten nach dem Urtheil der Rechtsgenossen, hier der unfreien Hofgenossen, geltend zu machen hatte, so erwuchs aus dem Hofrecht ein Hofgericht, welches als das Gericht des Leibherrn über seine Unfreien zugleich die Schranke und die Form für die Ausübung der disciplinaren Macht des Leibherrn darstellte. Dieses Hofgericht, das älteste patrimoniale, d. i. auf privatrechtlichem Titel beruhende Gericht,[134] war für den Unfreien eben so das einzige Gericht, wie das öffentliche Gericht für den freien Mann. Nur

129) Denn die Scabinen sind eben nur ständige Nachimburgen, und als solche in einer fremden Cent nicht dingpflichtig. Darauf deutet capit. Pipp. a. 801—810 c. 14 (Pertz I. p. 104). Weitere urkundliche Belege gibt Sohm I. S. 443 fg.

130) Vgl. Sohm I. S. 446 fg.

131) Belege bei Sohm I. S. 449 Note 174.

132) Vgl. Sohm I. S. 454.

133) Als die juristische Grundlage der leibherrlichen Gewalt und des leibherrlichen Hofgerichts erscheint selbstverständlich nicht der Grundbesitz, sondern das persönliche Verhältniß des Unfreien zu seinem Leibherrn. Doch liegt es in der Natur der Sache, daß sich factisch nur in den größeren Verhältnissen des Großgrundbesitzes eine hofrechtliche und hofgerichtliche Regulirung der Beziehungen des Unfreien zu seinem Herrn entwickelte. Die Geschichte des Hofrechts steht daher mit der Geschichte des Großgrundbesitzes in innerem Zusammenhang.

134) Vgl. Roth a. a. O. S. 377, Waitz a. a. O. IV. S. 391 fg., Walter: Deutsche R. G. §. 301, 333, 384—388, 423.

daß die Competenz des Hofgerichts, weil es im Sinne des öffentlichen Rechts kein Gericht war, sich auf die Rechtssachen des Leibherrn gegen seine unfreien Leute und die unfreien Leute gegen einander, also auf Rechtssachen, die im Sinne des öffentlichen Rechts keine Rechtssachen waren, beschränkte.[134a]

Schon im 6. Jahrhundert aber ist neben dem Hofgericht des Leibherrn über seine unfreien Leute ein zweites patrimoniales Gericht entwickelt, das grundherrliche Hofgericht des Grundherrn über seine freien Hintersassen. Dies hängt damit zusammen, daß die freien Leute, welche in ein Pachtverhältniß eintraten, um in Form des Leiherechts an der Nutzung des Grund und Bodens zu participiren, nicht bloß Pächter, sondern zugleich Unterthanen des Gutsherrn wurden, weil das Grundstück, das für sie die Grundlage ihrer vermögensrechtlichen Existenz bildete, nicht in ihrer, sondern in des Grundherrn Hand lag. In Folge dessen trat mit dem Grafen, welcher die öffentliche Gewalt über den freien Hintersassen zu üben hatte, der Grundherr mit seiner aus dem Eigenthum an Grund und Boden erwachsenden Auctorität in Concurrenz. Es wurde üblich, den freien Hintersassen zunächst vor dessen Grundherrn in Anspruch zu nehmen,[135] und schon im 7. Jahrhundert wurde insofern auch staatlicher Seits auf diese Uebung eingegangen, als die öffentlichen Gerichte anfingen, die Sachen der freien Hintersassen nicht selber zu entscheiden, sondern zur Erledigung an den Grundherrn zu überweisen.[136] Diese Stellung des Grundherrn, schon in merovingischer Zeit factisch behauptet, wurde in carolingischer Zeit rechtlich sanctionirt durch das Institut des Seniorats,[137] indem der Grundherr das Recht erhielt, von seinen Hintersassen

134a) Beziehungen des Unfreien zu einem Dritten standen unter dem Volksrecht und unter dem Volksgericht, und waren rechtlich nur so weit wirksam, als sie Beziehungen des Leibherrn zu Dritten hervorbrachten. So die Delicte des Unfreien, welche den Herrn zur Zahlung der Strafe verpflichteten, wie durch viele Stellen bezeugt ist. Vgl. die Uebersicht bei Walter a. a. O. §. 766.

135) Cf. form. Andeg. 10, 16, 24, 29, 30, 46 (Roz. 482, 490, 497, 489, 488, 473).

136) Cf. form. Marc. I. 27 (Roz. 434). Nicht bloß die Klage gegen den Abt oder Cleriker, sondern auch die Klage gegen den freien Hintersassen des Bischoffs („homo vester") wird hier zur Vorverhandlung vom König dem Bischoff überwiesen. Wie die Stellung des geistlichen Gerichts zum weltlichen, so ist auch die Stellung des grundherrlichen Gerichts zum öffentlichen durch diese Verfügung des Königsgerichts characterisirt. Vgl. zu dieser form. Sohm in Dove's und Friedberg's Zeitschr. für Kirchenrecht IX. S. 214, 215.

137) Das Wesen des Seniorats entwickelt Roth a. a. O. S. 371 fg., Feudalität S. 205 fg.

den Unterthaneneid zu empfangen, sie im Namen des Königs zum Heereszuge aufzubieten, und überhaupt eine disciplinare Zwangsgewalt über sie auszuüben. Dadurch war der Grundherr in Wirklichkeit ein „Herr" (senior) seiner hintersässigen freien „Leute" (homines) geworden, und in Consequenz dieser Rechtsentwickelung ward nun auch gesetzlich ausgesprochen,[138] daß die Klage gegen einen freien Hintersassen vom öffentlichen Gerichte abzuweisen sei, damit zunächst das grundherrliche Gericht über sie erkenne. Das Verfahren vor dem öffentlichen Gerichte folgte erst dann nach, wenn die Parteien die Unterwerfung unter den grundherrlichen Spruch verweigerten, oder der Grundherr zur Realisirung seines Spruchs sich unvermögend erwies.[139] Doch galt dies überall nur für Civilsachen. Daran, daß in peinlichen Sachen keine Verhandlung im grundherrlichen Gericht möglich sei, hielt das öffentliche Recht fest.[140]

Als die Verleihung einer das öffentliche Gericht ausschließenden Gerichtsbarkeit ist aber auch die Verleihung der Immunität nicht anzusehen. Die fränkische Immunität ist aus den Verhältnissen der fränkischen Domanialverwaltung hervorgegangen. Die Verwaltung der königlichen Domänen im Gau stand nicht unter dem Grafen des Gaues, sondern unter einem eigenen Verwalter, dem domesticus oder actor, welcher eben so wie der Graf dem König unmittelbar untergeben war.[141] Diesem Verhältniß gab man die Folge, daß der Graf, obwohl er die Gerichtsbarkeit über das Gut und die freien Hintersassen des Königs hatte, zur Ausübung des Gerichtszwanges der Vermittelung des königlichen Gutsverwalters bedurfte, welcher zugleich die gerichtlichen Bußen, insbesondere das Gewedde (fredus) auf Rechnung des Königs zu erheben hatte,[142] weil der König es vorzog, die finanziellen Beziehungen zu seinen Hintersassenen in jeder Hinsicht durch den dem Gutsinteresse dienen-

138) Hloth. I. const. Olonn. a. 823 c. 13 in f.: „— et de illorum liberis hominibus, qui eis commendati sunt — — si quid ab eis quaeritur, primum senioribus eorum admoneantur, ut justitiam quaerentibus faciant; et si ipsi facere noluerint, legaliter distringantur".

139) Vgl. auch form. Baluz. 3, 4 (Roz. 427, 428) und dazu Roth: Feudalität S. 226 fg.

140) Dies erhellt aus den für die Competenz des grundherrlichen Gerichts in den Immunitäten geltenden Rechtssätzen. Vgl. Waitz a. a. O. IV. S. 381, Bethmann-Hollweg a. a. O. II. 1 S. 46.

141) Sohm a. a. O. I. S. 13 fg.

142) Cf. capit. de villis a. 812 c. 4 in f. mit ed. Pist. a. 864 c. 18, Kar. II. capit. Caris. a. 873 c. 3.

den Beamten zu reguliren. — Durch die Verleihung der Immunität[143] nun wurde Privatgut dem königlichen Domanialgut gleichgestellt, und also für den immunen Privatgrundbesitz die unmittelbare Ausübung des gräflichen Gerichtszwanges mit der Wirkung ausgeschlossen, daß die gerichtlichen Zwangshandlungen durch das Mittel des grundherrlichen Beamten, wennschon in Unterordnung unter den Befehl des Grafen zu vollziehen, und die gerichtlichen Bußen wie auf dem königlichen Domanialgut zu Gunsten des Grundherrn zu erheben waren.[144] Der freie Immunitätseingesessene war somit auch der Ausübung der öffentlichen Gerichtsbarkeit gegenüber nicht mehr vom Grafen, sondern vom Grundherrn abhängig, und es ist kein Zweifel, daß mit der immer freigebigeren Vertheilung von Immunitätsprivilegien unter den Nachfolgern Karls d. Gr. thatsächlich das grundherrliche Gericht mehr und mehr als das in den Rechtssachen der Hintersassen entscheidende Gericht auftrat.[145] Gleichwohl ist zweierlei festzuhalten. Erstens, daß der immune Bezirk nicht vom öffentlichen Gericht eximirt war, sondern nach wie vor einen integrirenden Bestandtheil des gräflichen Gerichtssprengels bildete,[146] und folgeweise die freien Immunitätseingesessenen zum ächten Ding des Grafen zu erscheinen verpflichtet blieben.[147] Sodann, daß das grundherrliche Gericht auch in der Immunität das öffentliche Gericht nicht zu ersetzen vermochte, weil es mit Straffachen sich nicht zu befassen hatte,[148]

---

143) Aus der reichen Literatur über die Immunität sind hervorzuheben Eichhorn: Ueber den Ursprung der städtischen Verfassungen in Deutschland, in der Zeitschr. für gesch. R. W. I. S. 191 fg.; Waitz a. a. O. II. S. 487, 634 fg., IV. S. 243 fg., 376 fg., Sickel: Beiträge zur Diplomatik III—V, Bethmann-Hollweg a. a. O. II. 1 S. 32 fg., Heusler: Der Ursprung der deutschen Stadtverfassung S. 15 fg. Vgl. auch Sohm I. S. 346 fg.

144) Daher enthalten die Immunitätsverleihungen die doppelte Verfügung: „nullus judex publicus ad causas audiendas, nec fidejussores tollendum, nec freda exigendum, nec homines distringendos ingredere praesumat", und „sed quidquid exinde fiscus aut de fredo aut undecunque poterat sperare ecclesiae (der Immunitätsherrin) in augmentum proficiat in perpetuum". Vgl. die Formeln bei Roz. 16 sequ.

145) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. 1 S. 49.

146) Daher erhebt auch aus der Immunität der Graf das Drittel vom fredus, welches ihm als Amtseinkommen überwiesen ist. Nur der an den König fallende Theil steht dem Immunitätsherrn zu. Vgl. Arnold: Verfassungsgeschichte der Deutschen Freistädte I. S. 30, 31, Heusler a. a. O. S. 20.

147) S. die Nachweisungen bei Sohm I. S. 347, 348. Noch im Beginn des 11. Jahrhunderts wird bei Ertheilung der Immunität die Dingpflicht der Immunitätseingesessenen zum öffentlichen ächten Ding vom Kaiser ausdrücklich vorbehalten. Vgl. Stölzel a. a. O. (Note *) I. S. 370 Note 18.

148) S. Note 140.

und in Civilsachen sein Verfahren, obschon sich in den Formen des volksrechtlichen Verfahrens bewegend, lediglich Ausgleichsverfahren, sein Urtheil nur ein Versuch der Güte war.[149]

B. Die Auflösung der fränkischen Monarchie und der Uebergang des römischen Kaiserthums auf die deutschen Könige hatte auf die staatsrechtlichen Verhältnisse der selbständig gewordenen Theile keinen unmittelbaren Einfluß; diese setzten das Leben des Ganzen zunächst auf den bisherigen Grundlagen fort. Indeß machte sich in ihnen allmählich doch die nationale Eigenthümlichkeit geltend, und namentlich führte in Deutschland die einseitige Kraftentfaltung untergeordneter Staatselemente im Laufe der Zeit zur Entleerung und endlich zur gänzlichen Vernichtung der alten Verfassungsformen.

1. Die äußerlich unbeschränkte Competenz des königlichen, jetzt kaiserlichen Gerichts wird im Princip noch von den Rechtsbüchern anerkannt,[150] und durch die Regel, daß die Gegenwart des Kaisers die Thätigkeit jedes unteren Gerichts suspendire, auf die prägnanteste Art ins Licht gesetzt[151]. Daneben aber bleiben im Ganzen auch die Schranken bei Bestand, welche der König, wie sich selbst, so zugleich den Rechtsuchenden gesteckt hatte, und nur insofern trat eine Aenderung ein, als das Recht der reclamatio ad regis diffinitivam sententiam in einen privilegirten Gerichtsstand der Reichsunmittelbaren, d. h. der Fürsten, Grafen und Herren, Stifte und Städte, die nur das Reich über sich hatten, überging,[152] und die deutsche Urtheilsschelte sich in die Form der römisch-canonischen Appellation umgestaltete.[153]

Während sich aber hiernach der Kaiser wesentlich nur in Ermangelung anderer ausreichender Rechtshülfe einmischte, suchten die Träger der inmittelst zu einer selbständigen Berechtigung herangewachsenen Territorial-Gerichtsbarkeit Privilegien auszuwirken, welche den Kaiser auch rechtlich an jene Voraussetzung binden, und ihn verhindern sollten, Klagen gegen ihre Gerichtsunterthanen außer im Falle verweigerter Justiz anzunehmen. Diese Privilegien, die

149) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. 1. S. 43—45, Heusler a. a. O. S. 15 fg., Sohm I. S. 349 fg.

150) Sächs. Ldr. III. 26 §. 1, Dsp. c. 238, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 237 §. 1. Vgl. auch die Reichsgesetze der Note.

151) Sächs. Ldr. I. 58 §. 2, III. 60 §. 2. 3, Dsp. c. 310, 311, schwäb. Ldr. c. 111.

152) Vgl. Franklin: Das Reichshofgericht II. S. 34 fg.

153) Franklin a. a. O. II. S. 204 fg. Ficker: Forschungen I. §. 150.

privilegia de non evocando, beschränkten sich anfänglich darauf, die Ausübung der concurrirenden Gerichtsbarkeit des Kaisers von seiner Anwesenheit am Wohnort des Verklagten abhängig zu machen.[154] Seit Rudolph I. aber wurden sie in der Form völliger Entfreiungen von der Ladung vor das kaiserliche Gericht bald so häufig ertheilt, daß sie bis zur Mitte des 14. Jahrhunderts nicht bloß den Kurfürsten, sondern auch vielen anderen geistlichen und weltlichen Fürsten, so wie allen größeren Reichsstädten zustanden. Und noch weiter ging darin die spätere Zeit. Nachdem die Goldne Bulle (XI. 1, 5) den Kurfürsten ihr Privilegium gesetzlich bestätigt hatte, und auch dann wieder specielle Verleihungen in ausgiebigem Maaße ergangen waren[155], wurden endlich durch die K. G. O. von 1495 und spätere Reichsgesetze[156] allgemein die der kaiserlichen Majestät und dem Reich nicht ohne Mittel Unterworfenen und „die noch sonst ihren ordentlichen Richter hätten", von der kaiserlichen Gerichtsbarkeit in erster Instanz entbunden.

Darin lag, daß von nun an das kaiserliche Gericht als erste Instanz nur noch für reichsunmittelbare Personen in Betracht kommen konnte. Es lag aber nicht darin, daß es für sie auch ausnahmslos die erste Instanz bildete. Denn wirklich hatten die Reichsunmittelbaren in vielen Fällen ihren ordentlichen Richter anderwärts, da sie bei Errichtung des R. K. Gerichts nicht nur die Bestätigung der in Folge der Schwäche der Reichsgewalt seit der Mitte des 13. Jahrhunderts vielfach unter ihnen geschlossenen Vereinbarungen, Austräge,[157] über die Schlichtung ihrer Streitigkeiten durch Schiedsrichter als „gewillkürter rechtlicher Austräge", sondern auch ganz abgesehen von besonderen Verträgen in ausgedehntem Maaße das Recht auf eine gesetzliche Austrägalinstanz erhielten. Den Fürsten und fürstenmäßigen Personen sollte dieses Recht überall, selbst den Klagen landsässiger Personen gegenüber, anderen Reichsunmittelbaren wenigstens in Processen mit

154) Franklin II. S. 6 Note 3.

155) S. die ausführlichen Nachweisungen bei Franklin II. S. 6—11.

156) Vgl. schon das Project einer K. G. O. von 1487 §. 14 (bei Datt: De pace publ. p. 721), und sodann K. G. O. von 1495 tit. 25, R. A. von 1512 (Corp. jur. camer. nr. XII) I. §. 58, K. G. O. von 1521 tit. 30, von 1555 II. 1, 5 §. 2, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 1, 5 §. 2, J. R. A. §. 103.

157) Ueber die Geschichte der Austräge vgl. Malblank: Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- und Provinzial- G. V. IV. S. 420—603, Leonhardi: Das Austrägal-Verfahren des deutschen Bundes I. S. 16—32, Gohren in der Zeitschr. für deutsches Recht XVIII. S. 2—7, Aegidi im deutschen Staatswörterbuch I. S. 535 fg., Franklin II. S. 22—25.

hohen und gleichgestellten Personen zustehen. Dasselbe war somit umfänglich genug, um die erstinstanzliche Competenz der kaiserlichen Gerichtsbarkeit bedeutend einzuengen, obwohl es sich nur auf die Civiljurisdiction bezog, und zudem auf Sachen des kaiserlichen Fiscus, auf Landfriedensbruchssachen, auf Besitzesklagen bei drohender Waffengewalt und auf mandata sine clausula keine Anwendung fand.[158]

Dagegen ging die Appellation von den Urtheilen der Austrägalinstanzen wieder an das kaiserliche Gericht, und auch das privilegium de non evocando war zwar häufig mit einem privilegium de non appellando verbunden, schloß ein solches aber nicht von selbst in sich. Den Kurfürsten ward in der Goldnen Bulle (XI. 3, 4) die Berechtigung, daß von ihren Gerichten an kein anderes Gericht, mithin auch nicht an das des Kaisers appellirt werden dürfe, ausdrücklich als ein Zusatz zu dem privilegium de non evocando verliehen,[159] und als dieses ihnen wie allen Reichsunmittelbaren bei der Reorganisation des Reichsjustizwesens durch die K. G. Ordnung von 1495 garantirt worden war, ließen sie jenes, das privilegium de non appellando, außer Uebung kommen,[160] um es nur allmählich durch specielle Verleihung des Kaisers wiederzugewinnen.[161] Auch andere Fürsten und Herrn kamen in den Genuß dieses Privilegs, meist jedoch nur für Streitobjecte bis zu einem gewissen Betrage,[162] und als eine gesetzliche Verallgemeinerung desselben in eben solchem beschränkten Umfange ist es anzusehen, daß die Reichsgesetze, und zwar zuerst die K. G. Ordnung von 1521, die Zulässigkeit der Appellation an das R. K. Gericht von dem Vorhandensein einer Appellationssumme abhängig machte, welche zuletzt — nach den J. R. A. §. 112—400 Thlr. betrug.[163]

In demselben allmählichen Wechsel, wie der Inhalt der kaiser-

158) Die einschlagenden Reichsgesetze sind bei Pütter: N. E. §. 175 sequ. zusammengestellt.

159) Vgl. darüber Franklin II. S. 16 Note 1.

160) Mit Ausnahme von Sachsen. Cf. corp. jur. cam. (Ludolff) in app. nr. V. (Kurfürsten und sämmtliche Herzöge zu Sachsen).

161) Die Nachweisungen gibt Pfeffinger: Vitr. illustr. III. p. 669 sequ. Eine allgemeine Anerkennung dieses Kurfürstlichen Privilegs sprach noch der R. Dep. Hauptschluß von 1803 §. 33 aus.

162) Einen Katalog der beim R. K. Gericht insinuirten privilegia de non appellando mit historischem Vorbericht und dem Tenor der Privilegien gibt Ludolff l. c. (Note 160).

163) Vgl. unten §. 54 Note 50.

lichen Gerichtsbarkeit, veränderte sich nun auch die Art ihrer Ausübung. Vor Allem blieben die wichtigeren Sachen, so wie die Verhängung der Reichsacht dem Kaiser auch ferner persönlich vorbehalten,[164] und nur der Begriff der wichtigeren Sachen nahm mit der Zeit eine festere Gestalt an. Nach den Rechtsbüchern soll der König richten über der Fürsten Leib und ihre Gesund, nach dem Landfrieden Friedrich's II., Rudolf's I. und Albrecht's I. über alle Sachen, welche an der Fürsten und anderer hohen Leute Leib, Recht, Ehre, Lehen und Erbe (Grundeigenthum) gehen.[165]

Eben diese Sachen aber wurden bald nachher noch in anderer Weise ausgezeichnet. Aus dem Satze der Rechtsbücher, daß auf einen schöffenbarfreien Mann Niemand Urtheil finden möge, das an seinen Leib, seine Ehre oder sein Erbe gehe, denn der ihm ebenbürtig sei,[166] stellte sich gegen Ende des 13. Jahrhunderts (wenn schon nicht auf Grund eines besonderen Geburtsstandes[167]) eine analoge Regel fest, welche mit Hinweglassung des Erbes, bei dem man die maaßgebende Bedeutung für die Stellung der Fürsten vermissen mochte, dahin ging, daß über der Fürsten und Fürstengenossen Leib, Ehre und (Reichs-) Lehen (also auch über Herrlichkeit oder Regalien) der Kaiser nur mit Fürsten und Fürstengenossen richten solle.[168]. Beispiele von Fürstengerichten sind in früherer Zeit sehr häufig, und noch unter Rudolph II. kommt ein solches vor. Die Wahlcapitulation von 1711 (XX. 2—6) aber verpflichtete den Kaiser in Criminalsachen, in welchen nach Beschaffenheit des Falls die Strafe der Acht oder Aberacht einzutreten hat (in causis banni et privationis), gegen Kurfürsten, Fürsten und Stände nicht ohne einen vorausgehenden Beschluß der Reichs-

---

164) Const. pacis Frid. II. a. 1235. c. 15, Rudolfi I. in curia Nuremb. a. 1281 c. 15, in curia Mogunt. a. 1281 c. 15, in curia Wirzburg. a. 1287 c. 37, Alberti I. in curia Nuremb. a. 1303 c. 31, sächs. Ldr. III. 55 §. 1, Dsp. c. 299, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 105 §. 1, verm. Ssp. VI. 2 d. 2. Vgl. Franklin a. a. O. II. S. 97 fg.

165) S. die Citate der vorigen Note.

166) Sächs. Ldr. II. 12 §. 2, III. 19, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 230.

167) Vgl. Ficker: Vom Reichsfürstenstande S. 94—143, Franklin a. a. O. II. 146 fg. (vgl. mit II. S. 134 fg.)

168) Das erste bestimmte Zeugniß enthält wohl das schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 116 (vollständiger Laßb. c. 138) für den Achtproceß. Die späteren Zeugnisse gibt in großer Vollständigkeit Franklin II. S. 151 fg. Für die obige Bestimmung der dem Fürstengericht vorbehaltenen Sachen ist besonders wichtig ein Weisthum des Reichshofs unter Sigismund von 1433 bei Tomaschek a. a. O. (Note *) S. 37 N. 1.

stände zu erkennen, und dabei ist es bis zum Untergange des Reiches geblieben.

Uebrigens schloß das Recht der Fürsten auf den kaiserlichen Vorsitz in wichtigeren Sachen eine Vertretung des Kaisers nicht vollständig aus; durch speciellen, auf den einzelnen Fall beschränkten Auftrag, und für ein unten[169] zu erwähnendes Ausnahmeverhältniß selbst durch allgemeinen Auftrag, durfte sich der Kaiser einen Vertreter bestellen,[170], während für die minder wichtigen Sachen ausnahmslos ein allgemeiner Auftrag genügte.

Was aber diese minder wichtigen Sachen anbelangt, so läßt sich nicht bestimmt erkennen, wie lange und in welcher Art das mit denselben betraute Pfalzgrafenamt am kaiserlichen Hofe fortbestand. Gewiß ist,[171] daß besonders seit der Zeit der Ottonen Pfalzgrafen für die vier großen Landschaften Baiern, Schwaben, Sachsen und Franken bestellt wurden, daß diese eine richterliche Thätigkeit ähnlich der der missi übten und an Statt des Kaisers Gericht hielten — unter Königsbann, wie die Rechtsbücher[172] berichten —, und daß ihr Amt allmählich in dem der Herzöge aufging. Nur der Pfalzgraf „vom Rhein" (d. i. von Franken) erhielt sich, und blieb bis in die spätern Zeiten zu dem Reichsjustizwesen in unmittelbarer Beziehung. Er war es, dem der Kaiser, „wenn er vom deutschen Lande fuhr", das Gericht über jene wichtigeren Sachen auftrug,[173] und vor dem er nach einem neueren von Rudolph I. bestätigten Herkommen in Civil- und Criminalsachen selbst Recht gab.[174]

169) S. Note 173.

170) Vgl. Verzeichniß dessen, was auf dem Reichstage zu Nürnberg 1438 gehandelt (2) §. 3 bei Koch: R. S. der R. A. I. S. 161, und dazu Franklin II. S. 102 fg.

171) Ueber die in vieler Hinsicht dunkele Geschichte der Pfalzgrafen vgl. Pfaff: Gesch. des Pfalzgrafenamts, Halle 1847, Franklin: De just. cur. imp. p. 9, Pernice: De comitibus palatii, Hal. 1863 p. 43 sequ., Ficker a. a. O. I. §. 176—177, Waitz VII. S. 167—182, auch Walter: Deutsche R. G. §. 181, 182.

172) Nach dem sächs. Ldr. III. 53 §. 1 und schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 98 hat jedes deutsche Land, Sachsen, Baiern, Franken und Schwaben seinen Pfalzgrafen. Den obigen Satz hat aber nur das sächs. Ldr. III. 64 §. 6.

173) Schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 105 §. 1. Ebenso ist er nach der bulla aur. V. 1 provisor imperii am Rhein, in Schwaben und in den Ländern des fränkischen Rechts, gleichwie der Herzog von Sachsen in den Ländern des sächsischen Rechts. Vgl. auch schwäb. Lehnr. (ed. Laßberg) c. 41, 147.

174) Cf. Rudolfi I. curia Nuremb. a. 1274, bulla aur. V. 3 („sicut ex consuetudine introductum dicitur"). S. auch sächs. Ldr. III. 52 §. 3, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 100, 107, 109 §. 5, schwäb. Lehnr. (ed. Laßberg) c. 41 c, c. 147 b, sächs. Weichb. (ed. Dan. u. Gr.) c. 8 §. 2, c. 9 §. 1,

Für die im alten Pfalzgrafenamt liegenden regelmäßigen Functionen aber ordnete Friedrich II. durch den Landfrieden von 1235 c. 15 die Bestellung eines Hofrichters (justiciarius curiae) an, welcher wenigstens nie sehr lang im Amte bleiben, und um die ihm zugewiesenen geringeren Sachen zu besorgen, täglich an des Kaisers Statt zu Gericht sitzen sollte. Die Thätigkeit der Hofrichter, welche übrigens den Kaiser am persönlichen Vorsitz nicht verhinderte, läßt sich an der Hand der Urkunden über zwei Jahrhunderte verfolgen.[175] An das kaiserliche Hoflager gebunden, wurde sie wesentlich durch den Character der jeweiligen Regierung bestimmt; sie stand in Ansehen und Machtfülle zur Zeit der starken Kaiser, und verlor in demselben Maaße an Energie, Zuverlässigkeit und Vertrauen, in welchen seit der Mitte des 14. Jahrhunderts den Kaisern das Uebergewicht über die Reichsfürsten und das Interesse am Reiche dahinschwand. Besonders aber that dem Hofgericht die zur Regel werdende Entfernung des kaiserlichen Hofes vom Centrum des Reiches Eintrag, da sie nicht nur sein Aufsuchen, sondern selbst seine Constituirung erschwerte. Denn nachdem aus Freien und höheren Dienstleuten der Ritterstand hervorgegangen war, wurden zur Besetzung des Hofgerichts zum Geringsten ritterbürtige Leute erfordert,[176] und solche, wenn sie zugleich des deutschen Rechts und Rechtsgangs kundig sein sollten, gab es am Hofe des in den Erblanden weilenden Kaisers so wenig immer in genügender Anzahl, daß Friedrich III. einmal im Anfang seiner Regierung taugliche Beisitzer eigends aus dem Reiche herbeiziehen

---

und dazu Schulze: De jurisdictione principum Germ. in Imperatorem, Jenae 1847. Ueber das ältere Recht aber vgl. Note 21. — Kam der Kaiser in die Lage, sein oder des Reiches Recht gerichtlich geltend zu machen, so klagte er vor seinem Hofgericht, in welchem sodann in den causae majores der Fürsten auch nur Fürsten zu Gericht saßen. Vgl. Franklin a. a. O. II. S. 36 Note 2.

175) Die Geschichte des Hofgerichts ist zum ersten Mal, und zwar mit seltener Gründlichkeit von Franklin in dem 1. Bde. des oft citirten Werks dargestellt worden. Für Italien s. Ficker a. a. O. I. §. 194—208.

176) Nach sächs. Ldr. III. 19 können vor dem Reiche Urtheiler sein freie Leute und des Reiches Dienstmannen, diese jedoch über jene nicht in Sachen, welche an Leib, Ehre oder Erbe gehen. Vgl. auch Dsp. c. 229, schwäb. Ldr, (ed. Gengler) c. 230. In zahlreichen Urkunden des 14. und 15. Jahrh. dagegen — vgl. Franklin a. a. O. II. S. 128 Note 3 — werden als Urtheiler im Hofgericht „Ritter" genannt, und daß sich hierin der damalige Rechtsstand documentirt, geht besonders klar aus der auf dem Reichstage zu Eger im J. 1437 von Kurfürsten und Fürsten gestellten Forderung hervor, daß der Kaiser sein Hofgericht mit seinem Hofrichter und „den Rittern, die von Rechte daran sitzen sollen und darzu gehören", besetze. Vgl. Koch: Sammlung der R. A. I. S. 150.

mußte.[177] So mochte es kommen, daß dieser Kaiser anfing die an ihn gelangenden Rechtssachen durch seine Räthe entscheiden zu lassen,[178] welche doctores juris oder doch gelehrte Juristen zu sein pflegten, und in dieser Eigenschaft nach der italienischen Doctrin als „milites legum" oder „milites togati" eines Theils der Vorzüge für würdig galten, welche der „militia armata" des Geburtsstandes wegen zukamen.[179] Die Verwendung gelehrter Juristen entsprach außerdem einem unzweideutigen Zuge der Zeit. Rechtsgelehrte und Doctoren hatte in Sachen, in denen auf ihn als Schiedsrichter compromittirt worden war, schon Kaiser Sigismund zu Rathe gezogen;[180] unter Wenzel war bei den kaiserlichen Räthen selbst vom Hofgericht Unterweisung eingeholt worden,[181] und Albrecht II. hatte im J. 1438 dem Reichstage zu Nürnberg ein Landfriedensproject vorgelegt, nach welchem sein „Obergericht" mit weisen, verständigen Rittern und Gelehrten besetzt werden sollte.[182] Friedrich III. aber saß nicht bloß selbst mit seinen Räthen zu Gericht, sondern bestellte auch bald dauernd, bald für einzelne Sachen einen Kammerrichter zu seinem Vertreter, welcher nicht mit dem Hofrichter identisch war, wie daraus hervorgeht, daß beide zu gleicher Zeit fungirten. Das Hofgericht blieb im Reiche sowohl wie in den Erblanden noch bis zum Jahre 1451 thätig,[183] während das judicium camerae, wie das Gericht der kaiserlichen Räthe, einerlei ob vom Kaiser[184] oder vom Kammerrichter präsidirt, ge-

---

177) Vgl. Franklin a. a. O. I. S. 326 Note 1.

178) Schon im J. 1441. In den von Franklin I. S. 337 Note 1 gesammelten zahlreichen Belegen werden neben den Räthen oft auch „Rechtsgelehrte" oder Edle genannt.

179) Diese Gleichstellung wurde von den italienischen Juristen aus l. 7. C. de post. (2, 6) und l. 14 C. de adv. div. iud. (2, 7) abgeleitet. Cf. gl. facere potest] ad l. 6. pr. D. de re jud., Bartolus ad eand. leg., Angelus Aret. ad pr. J. in prooem. nr. 3, ad §. 2. J. eod. nr. 3, ad §. 6 J. de test. mil. nr. 6, Alexander Tartagnus ad l. 15 D. de vulg. et pup. subst., Jason ad l. 29 C. de pact. nr. 4. Abschließend darüber Fitting: Das castrense peculium, Halle 1871 S. 538 fg. Nachweisungen über die kirchliche und politische Anwendung jenes Gesichtspuncts in Deutschland finden sich bei Runde: Grundsätze des D. Pr. R. §. 420—423, Eichhorn: D. St. und R. G. III. §. 447, Fitting a. a. O. S. 583 fg.

180) Vgl. Franklin a. a. O. I. S. 237 fg., S. 342 Note 3.

181) S. das Urtheil des Hofgerichts bei Harpprecht: Staatsarchiv I. S. 117.

182) Vgl. den Landfrieden Albrecht's II. von 1438 §. 25 bei Koch: Sammlung der R. A. I. S. 157.

183) Ueber die Thätigkeit des Hofgerichts unter Friedrich III. vgl. Franklin I. S. 326—328.

184) Vgl. die Vollmachtsurkunde bei Franklin I. S. 332 Note 8.

nannt wurde, schon seit dem Jahre 1442, und zwar gleichfalls im Reich und in den Erblanden auftrat.[185] In der That stellte diese vorübergehende Doppelform des kaiserlichen Gerichts[186] den Gegensatz zweier mit einander kämpfenden Richtungen dar, indem das Hofgericht bis zuletzt an deutschem Recht und deutschem Rechtsgange mit ungelehrten Urtheilern festhielt,[187] im Kammergerichte dagegen von Anfang an die fremden Rechte und die diesen zugewandten gelehrten Juristen in Geltung waren.[188] Als jedoch in der Mitte des 15. Jahrhunderts das Hofgericht verschwand, wurde das Kammergericht — was für die privilegia de non evocando von Wichtigkeit war — als die Fortsetzung des Hofgerichts betrachtet,[189] auch wohl gelegentlich „Hof- und Kammergericht" genannt,[190] und war mithin genau genommen, wie auch die im Jahre 1471 erlassene Kammergerichts-Ordnung[191] beweist, nur ein Hofgericht mit römisch-canonischem Proceß und mit besoldeten, ständigen Beisitzern.

Hiermit aber war für die Beseitigung der gegen die Handhabung der kaiserlichen Gerichtsbarkeit obwaltenden zahlreichen Beschwerden noch wenig geschehen. Die unter der Regierung Friedrich's III. immer bewußter hervortretenden Tendenzen der Fürsten gingen dahin, das oberste Gericht dem unmittelbaren Einfluß des Kaisers zu entziehen, seinen Sitz deshalb vom Hofe weg in die Mitte des Reichs zu verlegen, und seine Besetzung und Erhaltung zur Reichssache zu machen, mit anderen Worten, das kaiserliche Kammergericht in ein kaiserliches und Reichskammergericht umzuwandeln. Doch wollte dieses Ziel zu erreichen trotz wiederholter langjähriger Verhandlungen unter Friedrich III. nicht gelingen.[192] Erst sein Sohn und Nachfolger, Maximilian I. ging auf die gewünschte Reform ein. Er erließ im J. 1495 eine Kammer-

185) Franklin a. a. O. I. S. 329 fg.

186) Gegen die Annahme Thudichum's in der Zeitschr. für deutsches Recht XX. S. 148 fg., daß Friedrich III. vom Beginn seiner Regierung an dem Hofgericht den Namen „Kammergericht" beigelegt habe, spricht nicht nur, daß beide Gerichte an demselben Ort und gleichzeitig unter verschiedenen Vorsitzenden thätig gewesen sind, sondern auch, daß das eine auf das andere Bezug nimmt, und daß das Hofgericht unter seinem eigenen, das Kammergericht unter des Kaisers Siegel ausfertigte. Vgl. Franklin I. S. 341.

187) Vgl. Franklin I. S. 240, 241.

188) Ders. I. S. 337, 338.

189) Ders. I. S. 344.

190) Ders. I. S. 345. Note 2, 3.

191) Gedruckt bei Harpprecht: Staatsarchiv I. Nr. 42 und bei Koch: Sammlung I. S. 249 fg.

192) Ueber das Vorstehende vgl. Franklin I. S. 346—380.

gerichts-Ordnung, welche das oberste Gericht auf wesentlich confoederativer Grundlage constituirte, seinen Sitz ins Reich, in eine „fügliche Stadt" verlegte, und ohne das Princip der kaiserlichen Justizhoheit anzutasten, die Reichsstände wie an der Aufbringung der Kosten, so auch an der Besetzung Theil nehmen ließ.[193] Eröffnet wurde dieses Reichs-Kammergericht zu Frankfurt a. M., dann nach öfteren Unterbrechungen und Wechseln im J. 1527 zu Speier fortgesetzt und daselbst durch den R. A. von 1530 fixirt, im J. 1689 aber von dort weg und im J. 1693 nach Wetzlar verlegt,[194] wo es bis zur Auflösung des Reichs verblieb.

Die K. G. O. von 1495 ist gleichsam das Grundgesetz des R. K. Gerichts. Die durch sie gelegten Fundamente sind zwar von den späteren K. G. Ordnungen, Reichs-, Deputations- und Visitationsabschieden, Reichsschlüssen u. s. w. weiter ausgebaut, fortgebildet und zum Theil modificirt worden, in den Hauptpuncten aber, und namentlich in Bezug auf die staatsrechtliche Stellung des R. K. Gerichts haben sie keinen Wechsel erfahren. So ist stets daran festgehalten worden, daß der Kammerrichter als Vertreter des Kaisers ein geistlicher oder weltlicher Fürst, ein Graf oder Freiherr, daß die Urtheiler zur einen Hälfte „auf das geringst aus der Ritterschaft geboren", zur anderen „der Recht gelert und gewirdigt" seien,[195] und nur insofern ist man späterhin hiervon abgewichen, als für den Fall, daß eine geeignete Person der betreffenden Kategorie nicht zu finden wäre, eine der anderen sollte gewählt werden dürfen, was um deswillen unbedenklich erschien, weil auch die ritterbürtigen Urtheiler geschickt und rechtlicher Sachen geübt sein mußten.[196] — Ferner wurden bei der Gründung des R. K. Gerichts Kammerrichter und Urtheiler (Beisitzer) vom Kaiser mit Rath und Willen der Reichsstände bestellt, und der gleiche Modus war in der

193) Eine geschichtliche Darstellung der voraufgegangenen Verhandlungen gibt Eichhorn: Deutsche St. und R. G. III. §. 408; das Zustandekommen des Reichs-Kammergerichts beschreibt sehr ausführlich Harpprecht a. a. O. II. §. 28—42. Vgl. auch Muther in Glaser Jahrb. IX. S. 458 fg. Daß es übrigens dabei nicht auf eine Verkürzung der kaiserlichen Gerichtsbarkeit (im Princip), sondern nur auf eine Beschränkung ihrer Ausübung abgesehen war, erkennen noch ständische Erklärungen aus sehr viel späterer Zeit an. Cf. Malblanc: Consp. rei jud. rom. germ. §. 191. a, §. 192. a.

194) Cf. Datt: De pace publica IV. 1 nr. 172, Corp. jur. cam. (ed. Ludolff) im Register s. v. Kammergerichts-Ort.

195) K. G. O. von 1495 tit. 1 §. 1, von 1507 (Costnitzer) tit. 1 §. 1, 2, von 1521 tit. 1, von 1555 I. 1 §. 1, 3, I. 3 §. 1, 2, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 1 §. 2, 3, I. 3 pr. §. 1, 2.

196) K. G. O. von 1555 I. 3 §. 2, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 3 §. 2.

K. G. O. von 1495 auch für die Wiederbesetzung vacant werdender Stellen vorgeschrieben.[197] Für diese gestaltete sich aber die Sache bald so, daß die Ernennung des Kammerrichters und der für die Direction der Senate bestimmten Präsidenten dem Kaiser zufiel,[198] in Betreff der Urtheiler dagegen dem Kaiser für sich und seine Erblande, den Kurfürsten und den Ständen der sechs zu diesem Zwecke gebildeten Kreise nach einem bestimmten Vertheilungsmodus ein Präsentationsrecht zu der Folge eingeräumt wurde, daß bei eintretender Vacanz der Präsentationsberechtigte mehrere taugliche Personen zu präsentiren,[199] und aus diesen der Kaiser „mitsammt Kammerrichter und Assessoren", oder nach späterer Bestimmung das R. K. Gericht selbst auf Grund reiflicher Prüfung die tauglichste zu wählen hatte.[200] — Die Zahl der Urtheiler, welche ursprünglich auf 16 festgesetzt war, ist allmählich beim Wachsen der Geschäfte auf 50 erhöht, dann aber wieder auf 25 herabgesetzt worden.[201].

Eine Aenderung der Competenzverhältnisse war bei der Reorganisation des Kammergerichts nicht beabsichtigt. Das Reichskammergericht trat in die selbständige Competenz des alten Pfalzgrafen und späteren Hofrichters ein; es sollte für Civilklagen gegen Reichsunmittelbare,[202] jedoch mit Vorbehalt der Austrägal-Instanz,

---

197) K. G. O. von 1495 tit. 1 §. 1, tit. 2 §. 1, 2. Wesentliche Modificationen traten bei den späteren Reorganisationen ein. Vgl. K. G. O. von 1507 (Costnitzer) tit. 21, 22, von 1521 tit. 4 §. 1, R. A. von 1521 §. 7—10.

198) Rücksichtlich des Kammerrichters vgl. K. G. O. von 1521 tit. 6 §. 3, R. A. von 1548 §. 23, K. G. O. von 1555 I. 1 §. 9, I. 4 §. 1, Conc. von 1613 I. 1 §. 2, I. P. O. V. §. 53. — Was die Präsidenten anbelangt, so war ursprünglich nur bestimmt, daß unter den Beisitzern zwei verständige Grafen und Freiherrn sein sollten, damit es nicht an Vertretern des Kammerrichters fehle. Vgl. K. G. O. von 1500 tit. 3 §. 1, von 1507 (Costnitzer) tit. 3, 22 §. 7, von 1521 tit. 1, R. A. von 1530 §. 76. Die K. G. O. 1555 I. 1 §. 3, I. 4 §. 1 gab sodann dem Kaiser das Recht, diese beiden Beisitzer zu ernennen, und that ihrer zuerst als Präsidenten der Nebenräthe Erwähnung. Der R. A. von 1570 §. 1 fügte einen dritten hinzu (vgl. auch Conc. von 1613 I. 1 §. 2) und das I. P. O. V. §. 53, 55 überließ dem Kaiser sogar die Ernennung von vier Präsidenten, wogegen das Reichsgutachten von 1719 Nr. 1 ihre Zahl wieder auf zwei herabsetzte.

199) Die Präsentation bei eintretenden Vacanzen wird durch die K. G. O. von 1500 pr. eingeführt, und von da an beibehalten. Der häufige Wechsel im Vertheilungsmodus beruht vorzüglich auf der wechselnden Zahl der Beisitzer. Cf. Pütter: N. E. §. 12, Malblanc l. c. §. 253.

200) Die K. G. O. von 1500 pr. behielt die Auswahl des Tüchtigsten dem Kaiser (und dem Reichsregiment) vor; die K. G. O. von 1507 (Costnitzer) räumte aber dem R. K. Gericht eine Mitwirkung ein — vgl. auch K.G.O. von 1521 tit. 6 §. 1 —, und die K.G.O. von 1555 I. 4 §. 4 legte die Wahl selbst in seine Hände.

201) Cf. Pütter l. c. §. 12—14.

202) K. G. O. von 1495 tit. 12, 26 §. 3, von 1555 II. 1 §. 2, tit. 5 §. 2, tit. 27, Conc. von 1613 II. 1 §. 1, tit. 5. §. 1, tit. 30.

für fiscalische[203] und Landfriedensbruchsachen[204] die erste, für andere Klagen eine letzte[205] Beschwerden-[206] und Appellationsinstanz[207] bilden, und erhielt in diesen Grenzen auch die Befugniß zur Verhängung der Acht.[208] Es erschöpfte somit keineswegs den vollen Umfang der kaiserlichen Jurisdiction; mit der peinlichen Jurisdiction über die Reichsunmittelbaren,[209] mit den Processen über Reichslehen[210] und mit der gerichtlichen Instruction der zu des Kaisers Verfügung stehenden Gnadensachen[211] hatte es Nichts zu schaffen.

Da sich außerdem aber der Kaiser bei Errichtung des Reichskammergerichts seine höchste Obrigkeit und damit eine concurrirende Gerichtsbarkeit vorbehalten hatte,[212] so bedurfte er zur Behandlung der an ihn gelangenden Rechtssachen immer noch einer berathenden Behörde, und als solche benutzte er einen inneren Rath, welcher bisher schon mit politischen und gerichtlichen Sachen, besonders in

---

203) K. G. O. von 1555 II. 20, Conc. 1613 II. 21. Ueber den Begriff der causae fiscales vgl. Pütter: N. E. §. 272—275.

204) Landfr. von 1495 §. 6, von 1521 tit. 2 fg., von 1548 tit. 3 § 1, tit. 7 fg., K. G. O. von 1555 II. 9—19, Conc. von 1613 II. 10—20.

205) R. A. von 1530 §. 76, K. G. O. von 1555 I. 3 §. 1, III. 51, Conc. von 1613 I. 3 pr., III. 61.

206) Besonders für Beschwerden wegen verzögerter und verweigerter Justiz. Vgl. K. G. O. von 1495 tit. 12, R. A. von 1512 §. 58, K. G. O. von 1555 II. 1 §. 2, Conc. von 1613 II. 1 §. 1, 28 pr.

207) Dies wird in allen K. G. Ordnungen vorausgesetzt. Die Stellung des R. K. Gerichts im Instanzenzuge bestimmen K. G. O. von 1555 II. 28 §. 1, Conc. von 1613 II. 31 pr.

208) K. G. O. von 1495 tit. 19 §. 2, von Conc. von 1555 III. 49 §. 1, 1613 III. 58 §. 2.

209) Criminalsachen waren in erster Instanz, also den Reichsunmittelbaren gegenüber, dem R. K. Gericht zwar durch kein ausdrückliches Gesetz entzogen, aber doch auch nicht zugewiesen, und schieden darum aus seiner Competenz aus —, cf. Cramer: Proc. imp. §. 123, Tafinger: Inst. jurispr. cam. §. 393, J. J. Moser: Von der deutschen Justizverfassung I. S. 635, 677 —, mit Ausnahme der Vergehen der K. G. Personen — K. G. O. von 1495 tit. 15, von 1555 I. 50 §. 6, Conc. von 1613 I. 64 §. 23 —. Der Appellation aber waren Criminalsachen nach altem Herkommen überhaupt nicht unterworfen, und konnten daher nur vermittelst der Nullitätsquerel an das R. K. G. gebracht werden — K. G. O. von 1500 tit. 13 vgl. mit R. A. von 1530 §. 95, K. G. O. von 1555 II. 28 §, 5, Conc. von 1613 II. 31 §. 14 —.

210) Reg. O. von 1521 §. 7, K. G. O. von 1555 II. 7, Conc. von 1613 II. 7.

211) Freiwillige Gerichtsbarkeit nahm das R. K. G. in den vom R. R. gesteckten Grenzen in Anspruch — vgl. Malblank: Anleitung zur Kenntniß IV. S. 39 fg. —, die Gnadensachen dagegen, namentlich auch die im R. R. dem Princeps zugewiesenen (Ertheilung der venia aetatis, der Moratorien u. s. w.) waren, insoweit sie nicht zur Competenz der Landesherrn gehörten, dem Kaiser vorbehalten — vgl. J. J. Moser a. a. O. I. S. 396 fg. —.

212) Vgl. das Reichstags-Protocoll von 1495 §. 26 Nr. 10 bei Datt: De pace publ. V. 7 p. 831, Harpprecht: Staatsarchiv II. Nr. 72.

den genannten Reservatfällen beschäftigt war.[213] Dieser kaiserliche Hofrath hatte keine collegiale Verfassung, sondern bestand aus Fürsten und Herrn, Doctoren und Räthen, welche der Kaiser gerade bei sich hatte oder zu einem bestimmten Zwecke in seine Nähe berief.[214] Schon im J. 1501 aber stiftete Maximilian I. für seine Erblande ein Hofraths-Collegium,[215] und trug demselben auf, in allen Sachen, die an die Person des Kaisers gelangen würden, mit einem schriftlichen Gutachten vorauszugehen,[216] und sonach auch jene reservirten Sachen zur Entscheidung vorzubereiten. An dieser Einrichtung entsprach die collegiale Form einem ausdrücklichen Wunsche der Reichsstände,[217] denen andererseits aber der erbländische Character derselben nicht zusagte. Nach mancherlei Wechseln[218] wurden daher im J. 1559 die erbländischen Sachen von den Reichssachen getrennt, und diese allein dem Hofrath belassen,[219] welcher in der so begrenzten und vom I. P. O. §. 55, 56 anerkannten Stellung eines Reichshofraths als zweites höchstes Reichsgericht mit dem Reichskammergericht in Concurrenz trat, und nur die Bearbeitung der Reservatsachen voraus hatte.[220] Die Competenz des R. H. Raths in diesen Sachen aber gewann dadurch eine noch erhöhte Bedeutung, daß das Fürstengericht außer Uebung kam, und die vor dasselbe gehörigen Criminal- und Reichslehnsachen seitdem vom Kaiser nur mit Beirath des R. H. Raths er-

---

213) Vgl. die Urk. von 1398 bei Harpprecht a. a. O. I. Nr. 19, das Reichstags-Protocoll von 1495 (s. die vorige Note) §. 66, die Urkunden von 1495 bei Harpprecht II. Nr. 70, 76, und dazu Dens. I. §. 68, II. §. 93, 94 (wo in Note a die ältere Literatur über den Ursprung des Reichshofraths aufgeführt wird).

214) S. die archivalische Nachricht bei Harpprecht II. §. 10 Note a, so wie das Reichstags-Protocoll von 1497, 1498 (bei Dems. II. Nr. 111) §. 147.

215) Dasselbe wird angeordnet durch die Publication des Regiments Anstell- und Verwaltung der Niederösterreichischen Lande d. d. Nürnberg 1501, aufgenommen in die Landshandveste des Erzherzogthums Kärnthen von 1610 fol. 41 fg., auch abgedruckt bei Harpprecht II. S. 423. Vgl. auch Pütter: Opusc. rem judic. imp. illustr. p. 361, Herchenhahn: Gesch. der Entstehung, Bildung und Verfassung des R. H. Raths I. S. 495., Muther a. a. O. S. 246, 462.

216) S. das in der vorigen Note citirte Gesetz bei Harpprecht II. S. 424.

217) S. das Reichstags-Protocoll von 1495 (Note 212) §. 66.

218) Ueber das Geschichtliche vgl. Herchenhahn a. a. O. I. S. 498 fg.

219) Die Ordnung des Hofraths von 1559 ist gedruckt bei Uffenbach: Tr. de consilio Caesareo-imperiali aulico, Viennae 1683, Francof. 1700, in Anh. I. S. 5, Lehmann: Acta de pace religionis, p. 66.

220) Vgl. über das Vorstehende auch noch Fr. C. Moser: Pragmatische Gesch. und Erläuterung der R. H. R. Ordnungen, Th. I., Malblanc: Consp. rei iud. §. 57. Die neueste R. H. R. Ordnung ist von 1654.

ledigt wurden,[221] wogegen aber allerdings die Wahlcapitulation Karl's VI. von 1711 (XX. 3) die Bestimmung traf, daß die causae banni et privationis gegen einen Reichsstand bei dem einen oder anderen der beiden Reichsgerichte sollten eingeleitet und für das von Kaiser und Reich zu fällende Urtheil instruirt werden können.[222]

Der Kaiser als „obristes Haupt und Richter" ernannte sowohl den Präsidenten, welcher jederzeit den Vorsitz und die Direction führen sollte, und ein Reichsfürst, Graf oder Mitglied des Herrenstandes sein mußte,[223] als auch die Räthe, zu denen er gleichfalls Fürsten, Grafen oder Herrn, oder aber rittermäßige, graduirte oder sonst gelehrte Personen zu wählen verpflichtet war;[224] ein Präsentationsrecht stand den Reichsständen hier nicht zu. Der Sitz des R. H. Raths war am kaiserlichen Hoflager.[225]

2. Die Gerichtsbarkeit der Grafen characterisirte sich in der fränkischen Zeit wesentlich dadurch, daß sie eine amtliche war, und als solche die freien Gaueingesessenen dem Könige gegenüber nicht mittelbar, sondern unmittelbar gerichtsunterthänig erscheinen ließ, auch wenn dieselben auf Grund eines Leiheverhältnisses in anderer Beziehung zunächst ihrem Grundherrn unterthänig waren. Hierin trat im 10. und 11. Jahrhundert insofern eine bedeutende Aenderung ein, als die Grafschaft allmählich zu privatem Rechte erworben, und dadurch zwischen den König und den freien Unterthanen eine zur eigenen Ausübung der öffentlichen Rechte selbständig befugte Gewalt eingeschoben wurde. Es waren vornämlich zwei Umstände, welche diese Veränderung bewirkten. Erstens, daß die s. g. Ottonischen Privilegien den Großgrundbesitzern zu den

---

221) Des heiligen römischen Reichs „hohe und niedere Lehen" nennt die R. H. R. O. von 1654 tit. 2 §. 1 ausdrücklich, dadurch an die Stellen der Note 210 erinnernd, welche dem R. K. Gericht „Sachen Fürstenthum, Herzogthum, Grafschaften 2c. belangend, so von Reich zu Lehen rühren", ausdrücklich absprechen. Die Criminalsachen dagegen werden in dem citirten §. 1. nicht speciell erwähnt, sind aber als in dem allgemeinen Auftrag jenes §. begriffen anzusehen, weil sie der folgende §. 2 nicht ausnimmt. Durch den R. H. Rath wird eben die kaiserliche Gerichtsbarkeit ganz, durch das R. K. Gericht nur in einzelnen bestimmten Richtungen (daher die Entscheidung der Note 209) ausgeübt. Vgl. Tafinger: Inst. §. 387, Malblanc: Anleitung IV. §. 73 fg., §. 82 fg.

222) Vgl. den Text zu den Noten 164—168.

223) R. H. R. O. von 1654 tit. 1. §. 1.

224) R. H. R. O. von 1654 tit. 1. §. 1, 2, Wahlcapit. (von 1612, 1619, 1711, 1742 u. s. w.) XXIV. 2.

225) Das Nähere darüber s. bei Fr. C. Moser: Pragm. Gesch. und Erläuterung der R. H. R. Ordnungen I. S. 15.

gewichtigen Rechten, welche dieselben im Seniorat, in der Immunität, in der grundherrlichen Gerichtsbarkeit bereits besaßen, auch noch die gräfliche Gerichtsbarkeit über ihre (damit als besondere Grafschaften constituirten) Besitzungen einräumten.[226] Und zweitens, daß die Verleihung der gräflichen Amtsbefugnisse über die Reste der durch das Ausscheiden des großen Grundbesitzes zerstückelten Grafschaftsverbände mit Rücksicht auf die Beneficien, die mit dem Grafenamt verbunden waren, die Natur einer Belehnung annahm, welche die Grafschaft wie lehnbar, so veräußerlich und verpfändbar machte.[227] Die in solcher Art mit den Grafschaftsrechten Ausgestatteten waren keine königlichen Beamten mehr, sie waren Landesherrn geworden, und in den Mittelpunct jenes Verhältnisses eingetreten, welches, demnächst durch die Auflösung der nach Karl d. Gr. wieder aufgelebten Herzogthümer vollendet, als Landeshoheit bezeichnet zu werden pflegt. Für die freien Unterthanen aber bedeutete die Ausbildung dieser zu privatrechtlicher Selbständigkeit erwachsenen Zwischenstufe nicht bloß die Aufhebung ihrer Reichsunmittelbarkeit, sie involvirte zugleich eine Minderung ihrer Freiheit, und konnte auch von diesem Gesichtspunct aus, im Zusammenhang mit der dauernden Vereinigung von öffentlicher und grundherrlicher Gerichtsbarkeit, nicht verfehlen, eine durchgreifende Umgestaltung der Gerichtsverfassung herbeizuführen.

Diese Umgestaltung vollzog sich indeß nicht mit einem Schlage. Noch während des ganzen 11. und 12. Jahrhunderts ist in der Gerichtsverfassung der landesherrlichen Territorien die alte freie Grafschaftsverfassung darin deutlich erkennbar, daß die freie Centgemeinde an der alten Malstatt zum Urtheilfinden im ächten Ding zusammenkommt,[228] und daß ein königlicher Beamte dem ächten Ding zu präsidiren hat. Denn der Landesherr ist verpflichtet, einen Grafen, oder nach der gangbareren Ausdrucksweise einen Vogt, mit der Ausübung der öffentlichen Gerichtsbarkeit zu be-

---

226) Vgl. besonders Arnold a. a. O. (Note 146) I. S. 28 fg., Heusler a. a. O. (Note 143) S. 34 fg., Waitz VII. S. 232 fg. 255 fg.

227) Den Anknüpfungspunct für diese Umwandlung bildete der seit dem 9. sec. mit der Grafschaft gewöhnlich verbundene Genuß von Gütern (res oder pertinentia comitatus), indem die Grafschaft als Amt (honor) gegen die Dotation (beneficium) zurücktrat, und nun eben so wie anderes Krongut verliehen wurde. Vgl. Roth a. a, O. S. 430 fg., Waitz VII. S. 5 fg.

228) Daß auch im deutschen Mittelalter die Gerichtsversammlung ausschließlich Centversammlung ist, zeigt Thudichum: Die Gau- und Markverfassung S. 45 fg., S. 80 fg.

lehnen, und dieser Vogt, der durchweg ein Mitglied des Herrenstandes ist, hat vom Könige den Königsbann, d. i. die Gewalt zu empfangen, im Namen des Königs dem öffentlichen Gerichte vorzusitzen. So ist der vom Landesherrn belehnte Vogt zugleich ein landesherrlicher und ein königlicher Beamte, und die Reichsunmittelbarkeit der freien Landesunterthanen für die öffentliche Gerichtsbarkeit vorläufig noch gewahrt.

Allein das Streben der Landesherrn geht dahin, die Thätigkeit dieses die königliche Gewalt im Territorium repräsentirenden Beamten mehr und mehr einzuschränken. Sie setzen es durch, daß nur die ächten, nicht auch die gebotenen Centgerichte vom Vogt gehalten werden, daß also die für die geringeren Civilsachen competenten ungebotenen Centgerichte ausschließlich dem Centenar, oder wie er jetzt gewöhnlicher genannt wird, dem Schultheißen verbleiben, welcher ein lediglich landesherrlicher Beamte[229] ist, und vom Landesherrn zugleich zum Amtmann oder Meier (villicus), d. i. zum gutsherrlichen Executor eingesetzt, in den gebotenen Schultheißen- oder Meiergerichten die freie Centgemeinde und die unfreie Hofgenossenschaft vereinigt, und zunächst insoweit das öffentliche Gericht mit dem gutsherrlichen und leibherrlichen, d. i. mit dem Hofgerichte zusammenfließen läßt. Ferner gelingt es den Landesherrn, von der Competenz des ächten Dinges, welches nach altem Rechte wie für peinliche Sachen, so für Grundeigenthumsprocesse zuständig war, einen Theil, nämlich die Streitigkeiten über Grundeigenthum abzutrennen, und das Gericht über Eigen und Erbe als besonderes, von ihnen selbst abzuhaltendes und dem mit dem Königsbanne beliehenen Richter entzogenes Gericht („Buding") zu constituiren[230]. Zuletzt aber wird das Amt des unter Königsbann richtenden Vogtes selbst untergraben. Hatten die Landesherren ihre Vögte anfänglich aus dem Herrenstande gewählt, so zeigt sich schon zu Ende des 13. Jahrhunderts, daß sie dieselben den Reihen ihrer eigenen Ministerialen, d. i. den Reihen ihrer unfreien Dienst-

---

229) Henrici regis statutum in favorem principum a. 1231: „— Item centgravii recipiant centas a domino terre, vel ab eo, qui per dominum terrae fuerit infeudatus". — Ebenso Friderici II. curia Sibidati a. 1232.

230) Ueber die obige Entwickelung vgl. jetzt die lichtvolle Ausführung von Heusler a. a. O. S. 117 fg., S. 132 fg. — In Folge seiner Beschränkung auf peinliche Sachen wird der Königsbann nunmehr häufig als „Blutbann" bezeichnet. Vgl. auch Walter a. a. O. §. 292.

leute entnehmen[231]. Solche Vögte sind selbstverständlich an erster Stelle ihrem Leib- und Landesherrn, nicht dem Könige untergeben, und sie bilden daher den Uebergang zur Verwaltung auch der hohen peinlichen Gerichtsbarkeit durch lediglich landesherrliche Beamte, d. h. zur völligen Mediatisirung der Centgerichte. Mit dem Rechte, dem landesherrlichen Richter den Blutbann zu verleihen, läßt das in der Auflösung begriffene Königthum des 13. Jahrhunderts auch den letzten Rest der ihm in Bezug auf die innere Gerichtsverwaltung der Territorien zustehenden Befugnisse seinen schwachen Händen entgleiten.

Das Uebergangsstadium dieser Zeit wird am deutlichsten durch die Gerichtsverfassung des Sachsenspiegels dargestellt[232]. Der Sachsenspiegel vertritt noch den Grundsatz, daß der Landesherr mit der Ausübung der Gerichtsbarkeit einen „Grafen" (Vogt) zu belehnen hat, welcher vom Könige den Königsbann empfängt, und der folgeweise nicht im Namen des Landesherrn, sondern im Namen des Reichsoberhaupts zu Gericht sitzt. Vor diesem an der Malstatt der Cent abzuhaltenden Grafengerichte hat aber nur ein Theil der freien Leute seinen Gerichtsstand, die Schöffenbarfreien, deren besondere Freiheit gerade darin besteht, daß sie in Bezug auf die Gerichtsverfassung reichsunmittelbar geblieben sind, daß also für sie die Landeshoheit noch nicht geschlossen ist, und über ihr Leben, ihre Freiheit, ihre Ehre und ihr Erbe nur unter Königsbann an ächter Dingstatt gerichtet werden kann. Es sind die freien Grundeigenthümer, welche sich die schöffenbare Freiheit gerettet haben. Alle freien Landesunterthanen dagegen, welche Zins zahlen, sei es von ihrem Eigen, sei es von einer zu Leiherecht besessenen Hufe, die Pfleghaften und freien Landsassen, sind bereits lediglich der landesherrlichen Gewalt unterthan; für sie ist die Geschlossenheit der Landeshoheit durchgedrungen, und dies kommt darin zum Ausdruck, daß sie ihr Recht vor einem im Namen des Landesherrn dingenden Richter nehmen. Ueber die Pfleghaften richtet der Schultheiß, über die freien Landsassen der Gograf, beide Nachfolger des alten Centenars, und beide nichts als landesherrliche Beamte, deren Gerichte zwar der Form nach Centgerichte, in Wirklichkeit aber Gerichte ohne Königsbann sind.

---

231) Ficker: Vom Reichsfürstenstande I. S. 79, 80.

232) Vgl. besonders Sächs. Ldr. I. 2, 55, 56, 58, 59, 67, II. 12, III. 61, 64, 69, 70, und dazu Stobbe a. a. O. (Note *) XV. S. 82 fg.

Doch nur ein Uebergangsstadium ist in der Gerichtsverfassung des Sachsenspiegels geschildert. Die siegreich voranschreitende Landeshoheit hat noch im Laufe des 13. Jahrhunderts die alte Vollfreiheit im Kreise der Landesunterthanen so vollständig mediatisirt, daß der Schwabenspiegel keine schöffenbarfreien Leute mehr kennt,[233] und daß er (abgesehen von den geistlichen Territorien, in denen die Einholung des Königsbanns etwas länger in Uebung blieb[234]) sämmtliche Landesunterthanen dem von den Beamten des Landesherrn als solchen abgehaltenen Centgerichte unterstellt.[235] Die reichsunmittelbare Freiheit des alten Rechts hat sich auf die Kreise des Herrenstandes (die „Semperfreien", „freien Herrn" des Schwabenspiegels) zurückgezogen, und wie reißend schnell die Centgerichte in Folge ihrer Mediatisirung ihr altes Ansehen verloren, beweist Nichts schlagender, als daß die freien Herrn („homines synodales") bereits im J. 1231, nachdem der Sachsenspiegel kaum geschrieben war, durch ein Reichsgesetz von den Centgerichten, also den von Rechts wegen ordentlichen Gerichten eximirt wurden.[236] Wie oben gezeigt, wurde ihnen ein privilegirter Gerichtsstand vor dem Könige zu Theil.[237]

Eine eigenthümliche Beleuchtung erhält die Auflösung der alten Gerichtsverfassung durch die hervorragende Stellung, welche im 14. und 15. Jahrhundert die westphälischen Femgerichte einerseits,[238] und die namentlich in Franken und Schwaben auf altem Reichsdomanialgut erhaltenen kaiserlichen Landgerichte[239] — unter ihnen

---

233) Ficker: Vom Heerschilde S. 140 fg.

234) Vgl. schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 75 §. 3, c. 95 § 4, schwäb. Lehnr. (ed. Laßberg) c. 41 a., b. mit c. 3 in VI. ne clerici (3, 24).

235) Ueber den völligen Untergang des alten Rechts vgl. außer den in der vorigen Note citirten Stellen des Schwabenspiegels die Urkunden bei Homeyer: Sachsenspiegel II. 2 S. 543, Walter a. a. O. §. 614 Note 21, Thudichum a. a. O. (Note 228) S. 60, 61, Stobbe a. a. O. XV. S. 90 Note 13, S. 92 Note 19, Stölzel a. a. O. I. S. 145 fg.

236) Henrici regis statutum in favorem principum a. 1231: „— ad centas nullus synodalis vocetur". — Ebenso Friderici II. curia Sibidati a. 132. — Ueber abweichende Erklärungen des Ausdrucks „synodalis" vgl. Stobbe a. a. O. XV. S. 104—109.

237) S. die Note 152.

238) Vgl. im Allgemeinen Eichhorn: Deutsche St. und R. Gesch. III. §. 418—422, Walter a. a. O. §. 627—633, Schulte: Lehrb. der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte §. 117, 118, wo sich weitere literarische Nachweisungen finden.

239) Vgl. darüber J. J. Moser: Teutsche Justizverfassung II. S. 958—1020, Walter a. a. O. §. 624, 625, Kluckhohn: Ludwig der Reiche Herzog von Bayern (1865) S. 60 fg., Vogel: Des Ritters Ludwig von Eyb des Aelteren Aufzeichnung über das kayserliche Landgericht des Burggrafthums

an erster Stelle das kaiserliche Landgericht in Nürnberg und das kaiserliche Hofgericht in Rotweil („Landgericht des Hofes zu Rotwile")[240] — andererseits einnehmen. Alle diese Gerichte waren ursprünglich bloße Centgerichte, und als solche nur mit der Competenz für eine Grafschaft ausgerüstet, sie galten aber im 14. und 15. Jahrhundert als dadurch ausgezeichnet, daß sie nicht in eines Landesherrn, sondern in des Kaisers Namen gehegt wurden. Westphalen war als Theil des Herzogthums Sachsen an Kurcöln, also in geistliche Hände gekommen, und in Folge davon[241] hatte auf westphälischem Boden länger als anderwärts die freie Bauerschaft das Recht behauptet, daß in Femsachen, d. h. in peinlichen Sachen nur der vom Landesherrn belehnte und vom Könige mit dem Königsbann[242] investirte Freigraf an der Malstatt der Cent zu richten habe. Für die kaiserlichen Landgerichte Frankens und Schwabens aber war derselbe Zusammenhang durch die in diesen Landschaften stets besonders einflußreiche, auf ihren großen Domanialbesitz und die Hohenstaufischen Erblande gestützte kaiserliche Macht gegeben. Sowohl diese Gerichte nun wie die Femgerichte konnten es sich zur besonderen Ehre rechnen, daß sie im Gegensatz zu den übrigen, landesherrlich gewordenen Centgerichten allein noch eine sich unmittelbar vom Kaiser ableitende Gerichtsgewalt repräsentirten. Aber merkwürdig ist, daß sie aus diesem Grunde, obwohl nur Centgerichte, eine Jurisdiction über das ganze Reich beanspruchten, und noch merkwürdiger, daß sie einen solchen Anspruch zum guten Theil auch durchsetzten.[243] Es war dies nur möglich, weil man in völliger Vergessenheit des alten Rechts das als einen vielsagenden Vorzug betrachtete, was einst das gemeine Recht aller Centgerichte gewesen war.

Nürnberg, 1. Abth. Erl. 1867, Muther a. a. O. S. 464 fg., Roth: Bayrisches Civilrecht I. (1871) S. 37 fg., S. 53 fg.

240) So wird es noch in einem Urtheilsbriefe von 1415 bei Senckenberg: Von der kaiserlichen höchsten Gerichtsbarkeit, Beil. Nr. 42 c. vom Hofgericht des Kaisers genannt.

241) S. den Text zu Note 234.

242) Seit 1382 im Namen des Königs vom Erzbischoff von Cöln als dem „obersten Statthalter und Verweser der westphälischen Gerichte".

243) Die Rechtsprechung der Femgerichte über ganz Deutschland ist bekannt. Ueber den Sprengel, welchen das Rotweiler Hofgericht beherrschte (Franken, Schwaben, die Rheinlande bis Cöln, so wie einen Theil des Elsasses und der Schweiz) vgl. Vogel a. a. O. S. 5 Note 7. Karl IV. wies 1361 alle Stände und Angehörige des Reichs an, vor dem „Landrichter" zu Rotweil Recht zu geben, und Maximilian I. nannte noch im J. 1496 das Rotweiler Hofgericht das „öberste Gericht in Teutschland".

So ist das Cent- oder Landgericht ein landesherrliches Gericht geworden, dem jetzt regelmäßig als der vom Landesherrn bestellte Richter der Schultheiß vorsitzt. Es steht zum Landesherrn, welcher an Stelle des Königs der Gerichtsherr innerhalb seines Gebietes ist, nicht wesentlich anders, als es vordem zum Könige gestanden; es ist mithin eine Stufe herabgetreten, und dies macht sich practisch darin geltend, daß wie in alter Zeit, als es von Rechts wegen noch das einzige Gericht der deutschen Gerichtsverfassung war, das königliche Gericht über sich hatte entstehen sehen, in welchem der König selbst oder dessen persönlicher Vertreter zu Gericht saß, so sich ihm jetzt ein höheres landesherrliches Gericht unter dem persönlichen Vorsitz des Landesherrn oder des unmittelbaren Vertreters desselben überordnete.

In einigen wenigen Fällen gelang es dem Landgerichte selbst, sich zu einer solchen höheren Stellung emporzuschwingen. Nach dem Rechte des fränkischen Reichs nämlich war jedes Centgericht der Grafschaft für die ganze Grafschaft competent, in diesem Sinne also ein Grafschafts-, Gau-, Landgericht.[244] In der Natur der Verhältnisse aber lag es, daß diese coordinirte Stellung aller Centgerichte der Grafschaft nicht immer zur äußeren Geltung gelangte, daß hier und da die Gerichtsstätte einer bestimmten Cent aus Gründen uralter Tradition oder ihrer dem Grafen bequemeren Lage wegen bei der Rechtsprechung bevorzugt wurde, und als vom Grafen besonders gern benutzt den auf ihr gehaltenen Gerichten das Ansehen von höheren, speciell zur Jurisdiction für den ganzen Gau berufenen Centgerichten verlieh. Solche bevorzugte Gerichtsstätten kommen trotz der nur spärlichen Nachrichten schon in fränkischer Zeit vor,[245] in späterer Zeit aber werden ausdrücklich einzelne Centgerichte vor den übrigen als „höhere" Gerichte hervorgehoben, so daß sich jetzt „Landgerichte" in diesem Sinne, d. h. Centgerichte mit der alten Competenz für die ganze Grafschaft, und „Centgerichte" mit einer auf eine einzelne Cent (oder deren Reste) beschränkten Competenz unterscheiden lassen.[246] Landgerichte

244) S. Note 96.

245) In Frankreich erscheinen die Centgerichte in den Gauhauptstädten in solcher prävalirenden Stellung, z. B. in Autun und Nîmes. Vgl. die Zeugnisse bei Sohm a. a. O. I. S. 434 Note 131 und dazu S. 448, 449. In Deutschland ist auf alamannischem Gebiete Rankwil („später das freie kaiserliche Gericht zu Rankwil") schon in fränkischer Zeit (unter dem Namen „Vinomna") eine in gleicher Weise hervorragende Gerichtsstätte.

246) So heißt das Landgericht zu Maden (auch lantgericht Hassiae ge-

solcher Art sind augenscheinlich die oben erwähnten kaiserlichen Landgerichte, welche in den Zeiten der Auflösung selbst das Gebiet der Grafschaft überschreiten. Ebenso aber manche Territorialgerichte, und eben von diesen steigen einzelne dadurch über ihre ursprüngliche Bedeutung empor, daß sie zu Organen der unmittelbaren persönlichen Jurisdiction des Landesherrn werden, und damit Competenz für das ganze Land als ein allen übrigen Gerichten des Landes übergeordnetes Gericht erlangen.[247]

In der Regel aber war es das landesherrliche Hofgericht, welches in die Stellung eines höchsten Gerichts für das ganze Land eintrat. Schon im 11. Jahrhundert hielt der Landesherr nicht als Landesherr, sondern als Lehnsherr ein Hofgericht (judicium curiae), das Lehnhofgericht,[248] in welchem er selbst der Richter, seine Vasallen die Urtheiler waren. Unter den Vasallen aber befanden sich auch die Ministerialen (Dienstleute), also Unfreie, und daß für diese das Lehnhofgericht von vornherein wie in Lehnssachen, so auch in allen anderen Rechtssachen zuständig war, verstand sich um deswillen von selbst, weil sie als Unfreie der Gerichtsbarkeit ihres Leib- und Lehnsherrn, nicht der öffentlichen Gerichtsbarkeit unterlagen, und doch ihrer ritterlichen Stellung wegen nicht wie die bäuerlichen Unfreien vor den Beamten des

---

nannt) im 13. sec. ein „majus tribunal comitatus Hassiae“, weil vor ihm auch die Eingesessenen der übrigen Centen der Grafschaft ihren Gerichtsstand haben. Vgl. Thudichum a. a. O. (Note 228) S. 108, 109, Sohm a. a. O. I. S. 332, Schenk zu Schweinsberg a. a. O. (Note *) S. 3. Ebenso zeichnet sich zu derselben Zeit im Oberlahngau das Gericht zu Ruchesl o durch seine Competenz über die übrigen Centen der Grafschaft gleichen Namens aus, und wird deshalb als „principale tribunal comicie“ bezeichnet. Vgl. Schenk zu Schweinsberg S. 5 fg. Im deutschen Mittelalter ist also die gleichmäßige Competenz aller Centgerichte für die ganze Grafschaft als im Rückschreiten befindlich anzusehen, und nur daraus die Stellung solcher Landgerichte als „Hauptgerichte“ der Grafschaft zu erklären. Dagegen läßt das Dasein solcher „Hauptgerichts“-Stätten keineswegs auf ursprüngliche Gauversammlungen schließen, wie der letztgenannte Schriftsteller annimmt. Die Zeugnisse ergeben, daß die Eingesessenen der übrigen Centen nicht als Urtheilsfinder, sondern als Verklagte vor dem majus tribunal zu erscheinen haben. Es können daher in Folge der späteren mittelalterlichen Entwickelung nur in Betreff der Competenz, nicht auch rücksichtlich der Dingpflicht „Landgericht“ und „Centgericht“ unterschieden werden. Vgl. Stölzel a. a. O. I. S. 324.

247) So z. B. das Landgericht zu Bamberg, welches im J. 1503 das landesherrliche Hofgericht verdrängte. In Mecklenburg wird 1558 das Hofgericht als „Land- und Hofgericht“ constituirt. Vgl. Stölzel I. S. 252, 264, Böhlau: Mecklenburgisches Landrecht I. S. 119 fg.

248) Vgl. Maurer: Gesch. des Gerichtsverfahrens §. 84 Note 6, Homeyer: Sachsenspiegel II. 2 S. 562 fg., Walter §. 645 Note 4, so wie schwäb. Lehnr. (ed. Laßb.) §. 84, 86.

Herrn, sondern vor dem Herrn selbst zu Recht zu stehen hatten.[249] Bald aber wandten sich demselben Gerichte auch die freien Vasallen als ihrem ordentlichen Gerichte zu. Denn der gemeinsame ritterliche Beruf unterschied freie und unfreie Vasallen als Ritterbürtige von der bäuerlichen Bevölkerung, und ließ es den freien Vasallen ehrenvoller erscheinen, in allen ihren Rechtssachen vor ihrem Landes- und Lehnsherrn in einem ritterlichen Gerichte, als vor den Beamten ihres Landesherrn in dem jetzt mediatisirten Centgericht nach dem Urtheile der gesammten ländlichen Bevölkerung Recht zu geben. In Folge dessen schied — in der Mark Brandenburg nachweislich bereits im 13. Jahrhundert[250] — der Vasallenstand aus den ordentlichen Gerichten aus, um vor dem Mannengerichte des Landesherrn seinen ausschließlichen Gerichtsstand zu gewinnen.[251] Das Lehngericht des Landesherrn wurde ein Hofgericht, und als solches das ordentliche Gericht für die Ritterbürtigen[252] und die diesen gleichgeachteten Personen und Corporationen,[253] welche sämmtlich vor ihm einen privilegirten Gerichtsstand gewannen, der innerhalb der Territorien der schon früher im Reiche

---

249) Daher treten die Reichsdienstmannen als Urtheilsfinder „vor dem Reiche", d. h. im königlichen Hofgerichte auf. Vgl. sächs. Ldr. III. 19, Henrici regis sent. de variis casibus juris feudalis a. 1222, und dazu Franklin a. a. O. II. S. 130.

250) Vgl. Kühns a. a. O. (Note *) I. S. 201 fg. vgl. mit II. S. 261 fg. Eben so ist im Bisthum Bamberg das Salgericht Lehnhof und zugleich das ordentliche Forum der Dienstmannen. Vgl. Zöpfl: Das alte Bamberger Recht §. 24.

251) Von besonderem Interesse ist der von Kühns a. a. O. II. S. 321 mitgetheilte Fall vom J. 1470, welcher zeigt, daß auch in patrimonialen Besitzungen das Mannengericht des Gutsherrn als das ordentliche Forum seiner Vasallen, mithin nicht bloß in Lehnssachen auftritt.

252) Dies Gericht begegnet unter verschiedenen Namen, als Hof-, Kammer-, Saal-, Paradiesgericht, auch als Marschallsgericht, da der Landesherr häufig den Marschall als den ersten unter seinen Vasallen mit dem Vorsitz im Hofgerichte betraute. Vgl. Zöpfl a. a. O. §. 24 („Salgericht" in Bamberg), Horn: Henricus illustris p. 320 („Kammerrichter" [„coram Camerario nostro judice"] in der Mark Meißen nach einer Urk. von 1265), Maurer a. a. O. §. 84 nr. 4 („Hofgericht" an vielen Orten), Stölzel a. a. O. I. S. 247 fg. (wo sich Belege für alle jene Bezeichnungen finden, für das Paradiesgericht in Fulda namentlich auf S. 271), — und über die allmähliche Ausdehnung der Competenz dieses Gerichts Grupen: Discept. for. p. 567, wo als dem Gerichte des Marschalls unterworfen a. 1235 die Dienstleute, a. 1318 die Mannen, a. 1498 die Ritter genannt werden.

253) In der Mark Brandenburg haben neben den Vasallen die Stadt- und Dorfgemeinden ihren Gerichtsstand vor dem Hofgericht — vgl. Kühns a. a. O. II. S. 316, 324 —, in Hessen neben dem Adel die Prälaten und Stadtgemeinden, nach der Hofgerichts-Ordnung von 1500 Art. 7.

den freien Herrn ertheilten Befreiung entsprach.[254] Das Hofgericht wurde mit Ritterbürtigen als Urtheilsfindern und einem Hofrichter als dem persönlichen Vertreter des Landesherrn besetzt.[255]

Als obere Instanz aber traten die landesherrlichen Hofgerichte nebst den vereinzelt vorkommenden höheren Landgerichten über den übrigen Gerichten insofern auf, als an sie einerseits der Rechtszug im Falle der Urtheilsschelte, und andererseits die Bitte um Rechtsbelehrung gelangt. Die Urtheilsschelte führt schon nach dem Sachsenspiegel zunächst nicht an den König, sondern an den „höchsten Richter", d. i. an den Landesherrn, so daß erst vom Landesherrn das wieder gescholtene Urtheil „zuletzt" vor den König gezogen wird.[256] Der Landesherr hat sich seit Entwickelung der Landeshoheit als Gerichtsherr in die Mitte zwischen den König und das ordentliche Gericht eingeschoben und die mittlere Instanz wird in der Regel durch das landesherrliche Hofgericht gebildet.[257] Die Bitte um Rechtsbelehrung aber geht, wie von den städtischen Gerichten gewöhnlich an einen städtischen Oberhof, so von den ländlichen Gerichten an den Hof des Landesherrn, und das Hofgericht macht sich in dieser Rücksicht mit um so intensiverer Wirkung geltend,[258] als die Landesherrn dadurch, daß sie bei außer Landes gelegenen Oberhöfen um Rechtsbelehrung zu bitten untersagen,

---

254) S. die Noten 236, 237.

255) Mit den Hofgerichten sind übrigens nicht zu verwechseln die Hoftage, d. h. die Reichstage, auf welche sich das sächs. Ldr. III. 62 §. 1, 64 §. 1 und das schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 116, beziehen, und die Landtage, an welche das schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 117 §. 3 denkt, wenn es vom Hofhalten der weltlichen Fürsten als einem ihnen vom Könige verliehenen Rechte spricht. Eben so wenig die kaiserlichen Landgerichte in Franken und Schwaben, welche gleichfalls mitunter als Hofgerichte oder Hof- und Landgerichte bezeichnet werden und mit ritterlichen Urtheilern besetzt sind — vgl. Struben: Nebenstunden III. S. 50 a. E., Weiße: Gesch. der kursächsischen Staaten II. S. 168, Zöpfl a. a. O. S. 95, Roth: Bayerisches L. R. I. S. 39, 55—57, 106 Note 7) —, die aber ihren Ursprung nicht wie die landesherrlichen Hofgerichte in Lehngerichten, sondern in alten Centgerichten haben.

256) Vgl. sächs. Ldr. II. 12 §. 4 [„Schilt man en Ordel, des sal man tien an den hogesten Richtern und to lest vor den Koning"], und dazu Kühns a. a. O. II. S. 533. Fernere Beweise dafür, daß der Landesherr Beschwerden gegen die Urtheile der ihm unmittelbar untergeordneten Gerichte annahm, finden sich bei Grupen l. c. p. 595, 697, Struben a. a. O. I. 3 c. 1 §. 12, Kopp a. a. O. I. §. 217, Weiße a. a. O. II. S. 169, Zöpfl a. a. O. §. 24 Note 6, Tittmann: Gesch. Heinrichs des Erlauchten I. S. 134.

257) Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Rechtszug nur drei Instanzen habe durchlaufen können. Es kam vor, daß zwischen der ersten Instanz und dem Landesherrn andere Instanzen in der Mitte standen, und ein Beispiel von fünf Instanzen gibt der Rechtsfall bei Stölzel a. a. O. II. S. 162 fg. Vgl. auch Kühns a. a. O. II. S. 533.

258) Vgl. Stölzel a. a. O. I. S. 167 fg.

auch den städtischen Gerichten gegenüber die höchste Rechtsprechung in ihrem Hofgericht zu concentriren suchen.[259]

Noch stand indeß der Art und Weise, in welcher der Landesherr die höhere Gerichtsbarkeit ausübte, eine wesentliche Umwandlung in Folge der Reception des R. R. bevor.[260] Daß diese an die Stelle der deutschen Urtheilsschelte die römische Appellation setzte und dadurch die höheren Territorialgerichte zu Appellationsinstanzen machte,[261] daß sie der an den Oberhof gerichteten Bitte um Rechtsbelehrung erst die Einholung des consilium eines Rechtsgelehrten, dann die Actenversendung an eine Juristenfacultät substituirte,[262] wollte freilich für die Gerichtsverfassung nicht viel bedeuten. Auch war es wohl schon vor der Receptionsperiode üblich geworden, daß der Richter, d. h. der landesherrliche Beamte, welchem nach altem Rechte der Vorsitz im Gerichte, nicht die Urtheilsfindung zukam, sich an der Berathung und Feststellung des Urtheils betheiligte.[263] Und wenn seit dem Eindringen des sich in schriftlichen Vorträgen bewegenden römisch-canonischen Verfahrens der Richter die ganze Proceßleitung übernahm[264] und in Folge dessen einen maaßgebenden Einfluß auf die aus den Acten zu schöpfende Entscheidung des Processes gewann,[265] so hatte dies wohl für die höheren Gerichte geringere Bedeutung, als für die niederen. Für die höheren Gerichte aber war, seitdem die Parteien oder, richtiger gesagt, die Fürsprecher und Advocaten der Parteien anfingen, sich auf römisches und canonisches Recht zu berufen, die Unkenntniß dieses Rechts ein Umstand, welcher ihr Ansehen und ihre Wirksamkeit erheblich schwächte, und neben anderen Umständen allmählich zu ihrer völligen Verdrängung durch ein anderes rechtsgelehrtes Gericht führte.[266]

---

259) Vgl. Stobbe: Gesch. der Deutschen Rechtsquellen II. S. 64, 65, Maurer: Gesch. der Städteverfassung III. §. 589, Stölzel I. S. 204, 206.

260) Der Text beruht im Folgenden auf der citirten gründlichen und umsichtigen Arbeit Stölzel's, durch welche das Problem der Entstehungsgeschichte der gelehrten Gerichte in Deutschland und damit eines wesentlichen Stückes der Geschichte der Reception der fremden Rechte als in der Hauptsache gelöst betrachtet werden kann. Obgleich dieses Werk an erster Stelle Localforschungen über die hessischen Gerichte zu Grunde legt, stellen seine eben so überraschenden wie überzeugenden Resultate doch die maßgebenden Gesichtspunkte für ganz Deutschland fest.

261) Stölzel I. §. 8.

262) Stölzel I. §. 10.

263) Stölzel I. S. 160 vgl. mit S. 316.

264) Stölzel I. S. 180, 181.

265) Stölzel I. S. 320.

266) Die einschlagenden allgemeinen Gesichtspunkte erörtert Stölzel I

Dieses Gericht hat mit den genannten höheren Gerichten gemein, daß es Organ der vom Landesherrn persönlich ausgeübten Gerichtsbarkeit ist, eigenthümlich dagegen ist ihm, daß es ausschließlich mit landesherrlichen Räthen besetzt wird. Mit seinen adeligen Räthen hatte der Landesherr schon vor der Reception der fremden Rechte persönlich Recht gesprochen, und bald an Stelle seines Hofgerichts, bald in Folge eines gegen hofgerichtliche Erkenntnisse eingelegten Rechtsmittels die an ihn gebrachten Sachen in der „Kammer" abgeurtheilt.[267] Seit der Mitte des 15. Jahrhunderts aber erscheint im Rathe des Landesherrn als Person von besonderem Ansehn der „Kanzler", welcher hervorgegangen aus dem fürstlichen Schreiber Anfangs ein rechtsgelehrter Geistlicher, später ein rechtsgelehrter Laie war, und alle Schreib- und Rechtskunde erfordernden Geschäfte zu besorgen hatte. Ihm gesellte sich bei der immer höher steigenden Bedeutung der fremden Rechte eine Reihe von weiteren rechtsgelehrten Räthen zu, und damit verwandelte sich die „Kammer" des Landesherrn unter dem Vorsitz des Kanzlers in die mit rechtsgelehrten Räthen besetzte „Kanzlei". Die Kanzlei war kein Gericht, wie das Hofgericht, sondern ein Rath, welchen der Landesherr bei der Besorgung seiner Regierungsgeschäfte, und somit auch bei seinen richterlichen Functionen zuzuziehen pflegte. Auch hatte die mit Hülfe der Kanzlei persönlich ausgeübte Gerichtsbarkeit keine gesetzlichen Schranken; der Landesherr konnte nach Belieben Sachen annehmen und abweisen, so daß seine richterliche Thätigkeit namentlich dann, wenn dieselbe von beiden Parteien gleichmäßig in Anspruch genommen wurde, den Anschein einer compromissarischen hatte.[268] Bald erhielten jedoch die Kanzleien eine eigentlich richterliche, und zwar der hofgerichtlichen wesentlich gleichartige Competenz, und daß sie in dieser Concurrenz das factische Uebergewicht über die Hofgerichte errangen, hatte vorzugsweise in der ihnen innewohnenden gelehrten Bildung, außerdem

§. 11. Anfangs suchten sich die Parteien durch die Wahl rechtsgelehrter Schiedsrichter selbst zu helfen; dann aber rüsteten die Landesherrn (und zwar zunächst noch für den einzelnen Fall auf Grund von Compromissen oder mittelst der Ertheilung von Commissorien, erst später in der Form allgemeiner Anordnung) kraft ihrer obrigkeitlichen Gewalt eine aus Rechtsgelehrten bestehende Behörde mit der Befugniß, Recht zu sprechen, aus, welche eine Regierungsbehörde, und von Rechts wegen so wenig ein Gericht, wie in alter Zeit das gebotene Ding im Vergleich zu dem ungebotenen Dinge war.

267) Ueber das Kammergericht der Markgrafen von Brandenburg vgl. Kühns a. a. O. I. S. 229 fg., II. S. 330 fg. S. auch Kopp a. a. O. I. §. 217.

268) Vgl. über das Vorstehende Stölzel I. S. 253 fg.

aber in dem Umstande seinen Grund, daß sie täglich zugänglich, und da sie wöchentlich mehrmalige Sitzungen hielten, zu einer raschen Entscheidung geeigneter waren, als die Hofgerichte, welche nur zu bestimmten Zeiten, regelmäßig viermal im Jahre zusammentraten. Die Parteien selbst waren es also, welche den Kanzleien den Vorzug gaben. Trotz ihrer mehrfach versuchten Reformation durch Besetzung mit gelehrten Räthen vermochten die Hofgerichte die Concurrenz der Kanzleien nicht zu ertragen und fingen seit dem 17. Jahrhundert an völlig zu verschwinden.[269]

Dies ist der Gang, welchen die Entwickelung der höheren landesherrlichen Gerichtsbarkeit in der Regel genommen hat. Abweichungen haben natürlich bei der Verschiedenheit der territorialen Verhältnisse nicht ausbleiben können. Daß aber die Herrn der größeren Territorien sogar gegen die übergeordnete Gerichtsbarkeit des Kaisers, von welchem als dem obersten Gerichtsherrn sie selbst ihre Gerichtsherrlichkeit zu Lehn trugen, privilegia de non appellando erwirkten, und folgeweise die Reichsgerichte durch landesherrliche Rechtsmittelinstanzen ersetzen mußten, war bereits der Anfang der sehr viel später durchgeführten Umwandlung des Reichs in eine Conföderation der Reichsstände. Wogegen die durch privilegia de non evocando begonnene reichsgesetzlich verallgemeinerte Ausschließung der erstinstanzlichen Gerichtsbarkeit der Reichsgerichte und kaiserlichen Landgerichte über die Unterthanen der Reichsstände nur in den Consequenzen der Landeshoheit lag, wie diese auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung schon Jahrhunderte lang in Geltung gestanden, bevor sie durch das I. P. O. VIII. 1 den Kurfürsten, Fürsten und Ständen des Reichs als „liberum juris territorialis tam in Ecclesiasticis quam Politicis exercitium" ausdrücklich garantirt wurde.

3. Die Centgerichte sind nicht bloß durch ihre Unterstellung unter einen landesherrlichen Beamten, sondern zugleich durch eine Umwandlung der Centgemeinde von der ihnen durch die fränkische Verfassung angewiesenen Stellung herabgezogen worden. Wie oben bemerkt, schieden aus der Centgemeinde die freien Herrn, und nicht minder derjenige Theil der Schöffenbarfreien aus, welcher durch den ritterlichen Beruf mit den Ministerialen zum Stande der Ritterbürtigen verschmolzen war, während der unbemittelte Rest

269) Stölzel I. S. 247, 250, 254 fg.

dem Landesherrn zinspflichtig wurde, und dadurch in eine gewisse Art von Unterthänigkeit gerieth. Hatte nun schon in fränkischer Zeit der Unterschied zwischen freien und unfreien hintersässigen Bauern zu verschwinden begonnen,[270] so war um so weniger jetzt ein Hinderniß vorhanden, die gesammte dem Landesherrn unterthänige Bevölkerung in wichtigen, wie in unwichtigen Sachen denselben Gerichten zu unterwerfen, und unter dem Schultheißen zu einem unterschiedslosen Ganzen zu vereinigen.[271] Aus dem alten Centgerichte, welches auf der Basis der freien Gerichtsgemeinde und unter dem vom Könige mit dem Königsbann beliehenen Grafen stand, ging das neue Centgericht mit einer dem Landesherrn unterthänigen Gerichtsgemeinde und dem vom Landesherrn bestellten Schultheißen hervor, um unter dem früheren Namen (Centgericht, Landgericht, Gaugericht, Goding) und in nicht wesentlich veränderten Formen die richterlichen Functionen auf niederer Stufe fortzuführen.

Nicht bloß durch die Exemtion gewisser Classen von Personen aber, sondern auch durch territoriale Abzweigungen wurde die Zuständigkeit der Centgerichte geschmälert, und zwar großentheils auf Grund ähnlicher Vorgänge, wie diejenigen waren, welche eben erst den Uebergang der königlichen Gerichtsbarkeit auf die Landesherrn bewirkt hatten. Vor Allem sonderten die Landesherrn bei Gründung der Landstädte deren Gebiet aus dem bisherigen Gerichtsverbande aus, und gaben ihnen einen besonderen, gewöhnlich wieder „Schultheiß" genannten Richter, oder verliehen ihnen wohl gar die Gerichtsbarkeit selbst.[272] Der Gerichtsstand vor dem Stadtgericht gehörte zu den das städtische Wesen bedingenden Freiheiten, auf welche die Bürgerschaft ihre Selbständigkeit und das Bewußtsein einer höheren Ehre gründete. Ferner aber verliehen, veräußerten oder verpfändeten die Landesherrn ganze Centen (wie früher die Könige ganze Grafschaften) an ritterliche Familien ihres Landes oder an geistliche Stifter,[273] und namentlich wurde es üblich,

---

270) Vgl. Roth a. a. O. (Note *) S. 377, 378.

271) Daß auch in der Markgemeindeverfassung in dem späteren Mittelalter der Gegensatz von Freiheit und Unfreiheit verschwindet, zeigt Thudichum a. a. O. S. 209.

272) Weiße a. a. O. II. S. 170, Beyer in den Jahrb. des Vereins für mecklenb. Gesch. XIV. S. 142 fg., Kühns a. a. O. I. S. 175 fg., II. S. 192 fg., Walter §. 241, 242, 297.

273) Der Belehnung mit Centen gedenkt schon Henrici regis statutum in favorem principum a. 1231 (s. die Note 229). Um dieselbe Zeit

daß sie ausdrücklich oder stillschweigend den Gutsherrn die Gerichtsbarkeit über deren Hintersassen einräumten,[274] auch ihre eigenen Güter mit derselben Gerichtsbarkeit zu Lehen gaben oder veräußerten.[275] Diese Gerichtsbarkeit des Gutsherrn über seine Hintersassen wird speciell Patrimonialgerichtsbarkeit genannt. Wurde nun den städtischen oder Patrimonialgerichten die volle Gerichtsbarkeit mit Einschluß des Blutbanns zugestanden, wie es oftmals geschah,[276] so schieden die Districte dieser Gerichte aus dem Centgerichtsverbande vollkommen aus, und das Centgericht trat auf ein oder einige Dörfer beschränkt neben das städtische Gericht und das Gericht des Patrimonialherrn. Es kam aber auch vor, daß nicht die volle Gerichtsbarkeit überging, und dann behielt zwar das Centgericht die wichtigeren, namentlich die peinlichen Sachen innerhalb seines ganzen bisherigen Bezirks, genoß aber in Betreff der übrigen Sachen keines weiteren Vorzugs, sondern hatte eben nur in jener einen wichtigen Beziehung eine ausgedehntere Competenz und einen größeren Bezirk, als die abgezweigten „Niedergerichte".[277]

Hiernach bedarf es kaum der Erwähnung, daß die in den Centgerichten herkömmlichen Einrichtungen, zumal der Gegensatz von Richter und Urtheilern, der Wechsel von ungebotenen Dingen mit voller Gerichtsgemeinde und von gebotenen mit Schöffen, auch in

kommt der Verkauf und die Verpfändung von Centen vor. Vgl. z. B. Schenk von Schweinsberg a. a. O. (Note *) S. 3, 5, Walter §. 291.

274) Dies gilt von Klöstern, mittelbaren Stiftern, Rittern und Ministerialen. Vgl. die Beispiele bei Struben: Rechtl. Bedenken I. S. 306, 308, Kopp a. a. O. I. §. 179, 234, 245, 282, Guden: Cod. dipl. I. p. 649, Biener: Opusc. acad. I. 2 §. 13, Grimm: Weisth. II. S. 661, Tittmann a. a. O. (Note 256) I. S. 145, Kühns a. a. O. I. S. 163 fg., II. S. 124 fg., Böhlau in der Zeitschr. für R. G. X. S. 377 Note 90, S. 378. Mitunter wurden den Landständen ihre Gerichte auch durch allgemeine landesherrliche Privilegien bestätigt und erweitert. S. die Nachweisungen bei Unger a. a. O. (Note *) S. 345 fg., und überhaupt Walter §. 295, 296.

275) Beispiele bei Struben: Recht. Bed. I. S. 307, 308, Kopp a. a. O. I. §. 182, 245, Beyer a. a. O. XIV. S. 116 fg.

276) Dies gilt insbesondere von den städtischen Gerichten, aber doch auch von den Patrimonialgerichten in weiterem Umfang, als mitunter angenommen wird. Vgl. die Beispiele bei Struben a. a. O. (s. die vorige Note) I. S. 191, 192, Kopp a. a. O. I. §. 245 a. E., §. 259, Beyer a. a. O. XIV. S. 117, Walter §. 296 Note 5, §. 297 Note 2—4, Kühns a. a. O. I. S. 165, II. S. 125 fg., Stölzel I. S. 351, 352.

277) Stölzel I. S. 351 vgl. mit S. 325, 326. Daß auch die neu entstandenen ländlichen Gerichte, für welche zunächst im Gegensatz zu dem alten („hohen") Landgericht die Bezeichnung „Gericht" schlechthin, oder „Niedergericht" technisch war, anfingen, sich „Landgericht" zu nennen, zeigt Stölzel I. S. 327 vgl. mit S. 325 a. E.

die Stadt- und Patrimonialgerichte eingeführt wurden. Nicht so selbstverständlich aber ist es, daß sich diese Einrichtungen in den Niedergerichten länger erhielten, als in den höheren, und daß Reste derselben bis in das gegenwärtige Jahrhundert hinein bei Bestand geblieben sind. Freilich waren diese selten mehr als bloße Formalitäten; gleichwohl zeugen sie von dem Widerstande, welcher dem Eindringen des R. R. entgegentrat.

Am frühesten fiel den Rechtsgelehrten die Civilgerichtsbarkeit anheim. Die Vermittelungen, welche hierzu führten, waren sehr verschiedenartig. In den größeren Städten wurde mitunter, wiewohl selten, der directeste Weg eingeschlagen, und das Schöffencolleg mit lauter Rechtsgelehrten besetzt, häufiger aber die Rechtsprechung des Schöffencollegs nur formell gewahrt, und materiell der Schwerpunct zu Gunsten des R. R. dadurch verlegt, daß die Rechtsgelehrten einen Theil der Schöffenstellen mit der unausgesprochenen Aufgabe überwiesen erhielten, die richterlichen Geschäfte dem Effecte nach allein, hier und da auch wohl mit Hülfe eines rechtsgelehrten Syndicus, Consulenten oder Stadtschreibers, jedoch ohne förmlichen Ausschluß der ungelehrten Schöffen von der Theilnahme am Gerichte zu besorgen.[278] Etwas Aehnliches war es, wenn in den kleineren Städten und auf dem platten Lande ein rechtsgelehrter Richter (Gerichtsvorstand) bestellt wurde, welcher zunächst die proceßleitende Decretur in dem üblich werdenden schriftlichen Verfahren in die Hand nahm, dadurch auch auf die Entscheidung einen maaßgebenden Einfluß gewann, und schließlich ohne Mitwirkung der bereits zu bloßen Urkundspersonen herabgesunkenen Schöffen allein fungirte.[279] Sehr gewöhnlich aber führte gerade in diesen Kreisen ein anderer Weg zum Ziele. Als das alte Gerichtsverfahren sich den Schwierigkeiten nicht gewachsen zeigte, welche aus der Berufung auf die fremden Rechte für dasselbe entstanden, wandten sich die Parteien gern an den rechtsgelehrten Gerichtsvorstand oder den rechtsgelehrten Amtmann, welcher letztere ein Verwaltungsbeamter war, mit der Bitte um gütliche Vergleichung ihrer Sache. Mißlang der Versuch der Güte, so konnte sich der Kläger immer noch an das Gericht wenden. Aber häufiger geschah es, daß der Angerufene die Sache dann selbst instruirte, und vergleichsweise durch einen Schiedsspruch erledigte, d. h. als

278) Vgl. Stölzel I. §. 13.
279) Stölzel I. S. 316, 333.

compromissarischer Richter entschied. Dieser Weg wurde der geringeren Kosten und des schleunigeren Verfahrens wegen so allgemein und so stetig betreten, daß er allmählich den Character einer gerichtlichen Instanz annahm, und daß die während des 30jährigen Kriegs meist völlig in Vergessenheit gerathenen Schöffengerichte nach dem Frieden in Civilsachen von wenigen Ausnahmen abgesehen nicht wieder in Thätigkeit traten, vielmehr dem Schultheißen oder Amtmann die ausschließliche Uebung der Civiljurisdiction überließen.[280] Die Civilgerichte waren also nunmehr theils in den Händen von Einzelrichtern, theils (d. i. in den größeren Städten) in den Händen von Richtercollegien. In beiden Fällen aber vereinigte das Gericht in sich ungetheilt diejenigen Functionen, welche in früherer Zeit zwischen Richter und Urtheilern getheilt waren.

Nicht mit gleicher Macht wie in der Behandlung von Civilsachen machte sich das Bedürfniß gelehrter Richter in der peinlichen Rechtspflege geltend. Dies hatte seinen Grund in der Carolina. Denn abgesehen davon, daß diese gerade für den Unterricht der ungelehrten Richter bestimmt war, wies sie (Art. 219) die Gerichte an, sich bei entstehenden Zweifeln im Anklageverfahren bei ihren Oberhöfen, oder wo sie solche nicht hätten, bei den ihnen unmittelbar vorgesetzten Obrigkeiten, im Inquisitionsverfahren bei den nächsten hohen Schulen, Städten, Communen oder anderen Rechtsverständigen Raths zu erholen. Indeß obwohl hiermit dem practischen Bedürfniß genügt zu sein schien, ging doch die Praxis, und zwar nicht ohne landesherrliche Einwirkung, weiter, und machte die Einholung des Urtheils von einer Juristenfacultät, oder — was das Gewöhnlichere war — von einem höheren (also gelehrten) Landesgerichte obligatorisch. Daraus erklärt es sich, daß die Urtheilsfindung durch ungelehrte Schöffen auch in peinlichen Sachen seit dem Ende des 30jährigen Kriegs verschwand, während die Voruntersuchung regelmäßig Sache des niedergerichtlichen Verfahrens blieb, und mit diesem gleichfalls an gelehrte Gerichte oder an Commissionen von solchen kam. Nur für die Publication des Urtheils wurde als der Wichtigkeit der Sache besonders entsprechend die Feierlichkeit der Hegung eines hochnothpeinlichen Halsgerichts noch lange, und an manchen Orten bis in die neuere Zeit festgehalten.[281]

280) Stölzel I. S. 330—348 vgl. mit S. 235—242.
281) Stölzel I. §. 17.

Kräftigeren Widerstand leisteten vielerwärts, namentlich auf dem platten Lande die Niedergerichte in ihrer der Verfolgung von geringeren Vergehen, von Feld- und Forstfreveln und von polizeilichen Uebertretungen zugewandten Thätigkeit, d. h. als Rügegerichte. Als solche pflegten sie in der herkömmlichen Form, zu bestimmten Zeiten (d. i. als ungebotene Dinge) und zum Theil sogar an den alten Malstätten von dem Gerichtsvorstande in voller Gerichtsgemeinde noch bis ins vorige Jahrhundert hinein abgehalten zu werden, bis endlich auch hier die Thätigkeit des rechtsgelehrten Gerichtsvorstandes die Hauptsache, und alles Andere zur bloßen Form wurde.[282]

C. Die beschriebene Ordnung der deutschen Gerichtsverfassung, welche in allen wesentlichen Puncten bereits vor dem Westphälischen Frieden ihren Abschluß gefunden hatte, erlitt nun aber im Laufe dieses Jahrhunderts die wichtigsten Veränderungen.

Nachdem den Reichsständen nach und nach beinahe alle Rechte waren eingeräumt worden, welche sich aus dem Wesen der Staatsgewalt ergaben, setzte die kaiserliche Gewalt nur noch eine Scheinexistenz fort, welche mehr eine Fessel als das Organ eines gesunden nationalen Lebens war, und früher oder später der seit Langem vorbereiteten, den factischen Verhältnissen allein entsprechenden Conföderation der Stände weichen mußte. Diese trat in der That, nachdem durch den Rheinbund die Reichsverfassung aufgelöst und der letzte römisch-deutsche Kaiser zur Abdankung veranlaßt worden war, wie von selbst an die Stelle des Reichs, und wandelte die Reichsstände in souveräne Glieder des deutschen Bundes um.

Freilich erlangten nicht alle Reichsstände und Reichsunmittelbaren die Souveränität. Die größere Zahl der Reichsstädte, die Reichsritterschaft und die kleineren Reichsstände wurden der Herrschaft anderer deutschen Fürsten unterworfen, und kamen als Mediatisirte zu ihren nunmehrigen Herrn an sich in dasselbe Verhältniß, in welchem sie bisher zum Kaiser gestanden hatten; was darin zum Ausdruck gelangte, daß die Bundesacte vom 8. Juni 1815 Art. 14 den im J. 1806 und seitdem mittelbar gewordenen fürstlichen und gräflichen Häusern neben anderen Rechten auch „die Ausübung der bürgerlichen und peinlichen Gerechtigkeitspflege in erster, und

282) Stölzel I. §. 18.

wo die Besitzung groß genug wäre, in zweiter Instanz," dem ehemaligen Reichsadel aber die Patrimonialgerichtsbarkeit, somit jenen wie diesem die Ausübung einer dem Rechte nach vom Kaiser auf die Landesherrn übergegangenen Jurisdiction garantirte. In Wirklichkeit aber bedeutete diese Veränderung des obersten Gerichtsherrn bei Weitem mehr. Indem sie die mediatisirten Gerichtsbarkeiten Staatsgewalten unterordnete, welche in voller Lebenskraft standen, und nach der freiesten Expansion ihrer Machtsphäre strebten, führte sie dahin, daß in den letzten Jahrzehnten trotz jener Garantie mit den aus den älteren Landesverfassungen stammenden Stadt- und gutsherrlichen Gerichten fast allenthalben auch die Gerichte der früheren Reichsunmittelbaren durch die Territorialgesetzgebung aufgehoben wurden.

Was nun aber die souverän gewordenen Reichsstände anbelangt, so war ihrer jetzigen Stellung die Abhängigkeit von einer höheren Gerichtsbarkeit offenbar nicht mehr angemessen. Die mit dem Reiche erloschenen Reichsgerichte bedurften daher keiner Wiederherstellung, und nur das Institut der Austräge wurde (allerdings sehr modificirt) aus dem Reichsjustizwesen in die Verfassung des deutschen Bundes herübergenommen. Die Competenz der Reichsgerichte als höchster Appellations- und Beschwerdeinstanzen aber ging allgemein und unbeschränkt auf die Landesherrn über, die sonach sämmtlich ein privilegium de non appellando, jedoch nicht als Privilegium, sondern als Ausfluß ihrer Souveränität, d. h. als gemeines Recht erhielten. Die Bundesacte Art. 12 erachtete deshalb in allen Bundesstaaten die Existenz oberster Gerichte für erforderlich, und sprach, unter Gestattung der in Gebieten von mehr als 150,000 Seelen bereits vorhandenen, die Erwartung aus, daß „diejenigen Bundesglieder, deren Besitzungen nicht eine Volkszahl von 300,000 Seelen erreichten, mit den ihnen verwandten Häusern oder anderen Bundesgliedern, „mit denen sie wenigstens eine solche Volkszahl ausmachten", so wie die freien Städte unter einander sich zur Bildung von „dergleichen Gerichten dritter Instanz" vereinigen würden. Da aber die privilegia de non appellando überall das Einschreiten der Reichsgerichte im Falle der Justizverweigerung offen gelassen hatten, so bestimmte die Wiener Schlußacte vom 15. Mai 1820 Art. 29, daß wenn in einem Bundesstaate ein solcher Fall eintrete, und auf gesetzlichem Wege ausreichende Hülfe nicht erlangt werden könne, der Bundes-

versammlung obliegen solle, bei der Regierung, die zu der Beschwerde Anlaß gegeben, die gerichtliche Hülfe zu bewirken.

Diese einfachen Bestimmungen konnten zur Regelung des dem deutschen Bunde in jurisdictioneller Beziehung gebührenden Einflußes für ausreichend gehalten werden.

Indeß als ein wesentlich völkerrechtlicher Verein genügte der deutsche Bund den aus dem nationalen Zusammenhang der Bundesstaaten erwachsenden Ansprüchen sehr bald selbst nicht mehr. Er wurde im J. 1866 aufgelöst, und durch einen engeren Verband ersetzt, welchen die contrahirenden Regierungen in der Absicht eingingen, gewisse Hoheitsrechte gemeinsam, und zwar theils durch ein aus ihren Bevollmächtigten unter dem *Präsidium der Krone Preußen* zusammengesetztes Collegium, den *Bundesrath*, theils durch Vermittelung des jeweiligen Trägers der preußischen Krone auszuüben. Anfangs umfaßte dieser Verband unter dem Namen „*Norddeutscher Bund*“ nur die nördlich vom Main gelegenen Länder und Landestheile, jedoch mit Einschluß der außer- und süddeutschen Besitzungen Preußens, und ohne Luxemburg; seine Verfassung datirt vom 25. Juni 1867. Später traten Baiern, Würtemberg, Baden und die südlich vom Main gelegenen hessischen Landestheile, nicht aber Oesterreich und Liechtenstein bei, und den so erweiterten Bund bezeichnete die Verfassung vom 16. April 1871 als „*deutsches Reich*“.

Beide sachlich nicht wesentlich von einander abweichenden Verfassungen nun, die des norddeutschen Bundes und die an deren Stelle getretene Verfassung des deutschen Reiches, enthalten kaum eine die landesherrliche Justizhoheit *direct* berührende Vorschrift. Allerdings wiederholen sie (in Art. 77) die oben angeführte Bestimmung des Art. 29 der Wiener Schl. A. über die *Justizverweigerung*, die ehemalige Bundesversammlung durch den Bundesrath ersetzend. Das Institut der *Austräge* aber haben sie schon nicht aufgenommen,[283] sondern (in Art. 76) nur verordnet, daß

283) Selbstverständlich werden hierdurch die auf Haus- und Verfassungsgesetzen der einzelnen deutschen Staaten beruhenden Austräge nicht berührt. So z. B. die Bestimmung in §. 41 der Ordnung des O. A. Gerichts zu Jena, durch welche dieses Gericht von fast allen an demselben betheiligten Häusern zum Austrägalhof für gewisse Streitigkeiten constituirt ist. Vgl. *Heffter*: Die Sonderrechte der souveränen und der mediatisirten vormals reichsständischen Häuser Deutschlands (Berl. 1871) S. 88, 297, 301. Eine Anerkennung jenes Satzes enthält der §. 5 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung des Reichs. Auch spricht der §. 7 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungs-

zwischen verschiedenen Bundesstaaten entstehende Streitigkeiten nicht privatrechtlicher Natur auf Anrufen des einen Theils vom Bundesrathe zu erledigen seien. Und von untergeordneter Bedeutung ist es, wenn sie die Consular-Gerichtsbarkeit über die Deutschen und deutschen Schutzgenossen in denjenigen außerdeutschen und meist außereuropäischen Ländern, in welchen eine solche von den Consuln innerhalb der ihnen angewiesenen Jurisdictionsbezirke nach Herkommen oder in Kraft von Staatsverträgen geübt wird, (in Art. 4 sub 7) stillschweigend zu einem Bestandtheile der gemeinsamen consularischen Vertretung machen.[284]

Dagegen unterwerfen jene Verfassungen die landesherrliche Justizhoheit auf indirectem Wege einer um so viel weiter gehenden Beschränkung. Denn nicht nur, daß sie (in Art. 4 sub 13) die Gesetzgebung über das gerichtliche Verfahren in dessen ganzen Umfange für die neu geschaffenen legislatorischen Factoren in Anspruch nehmen, machen sie auch die Erweiterung der legislatorischen Competenz auf dem Wege der Verfassungsänderung verhältnißmäßig leicht, und ermöglichen dadurch namentlich auch die Gerichtsverfassung in den Bereich der gemeinsamen Gesetzgebung hereinzuziehen. So wurde noch zur Zeit des norddeutschen Bundes, und nachdem kurz vorher die Allgemeine deutsche Wechselordnung, die Nürnberger Wechselnovellen und das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch zu Bundesgesetzen erklärt worden waren,[285] zur Sicherstellung einer gleichmäßigen Praxis im Gebiete des Handels- und Wechselrechts durch das die Bundesverfassung abändernde Gesetz vom 12. Juni 1869 die Errichtung eines obersten Gerichtshofs für Handelssachen mit dem Sitze in Leipzig angeordnet, und demnächst der Sprengel dieses am 5. Aug. 1870 eröffneten[286] Bundes-Oberhandelsgerichts mit dem 1. Jan. 1871 über Südhessen

---

gesetze des Reichs aus, daß das landesgesetzlich den Standesherrn gewährte Recht auf Austräge durch das Gerichtsverfassungsgesetz nicht berührt werde.

284) Diese Gerichtsbarkeit ist festgestellt worden durch die §. 22—24 des Bundesgesetzes vom 8. Nov. 1867 (betr. die Organisation der Bundesconsulate), welches durch den §. 2 des Reichsgesetzes vom 16. Apr. 1871 (betr. die Verfassung des deutschen Reichs) zum Reichsgesetz erklärt, für Baiern jedoch erst durch den §. 3 des Reichsgesetzes vom 22. Apr. 1871 (betr. die Einführung norddeutscher Bundesgesetze in Baiern) in Geltung gesetzt wurde.

285) Durch das B. G. vom 5. Juni 1869 (betr. die Einführung der Allg. deutschen Wechselordnung, der Nürnberger Novellen und des Allg. deutschen Handelsgesetzbuchs).

286) In Folge der Ausführungsverordnung des Bundespräsidiums vom 22. Juni 1870. Das Protocoll über die feierliche Eröffnungssitzung findet sich abgedruckt in den Entscheidungen des B. O. H. Gerichts I. S. 5 fg.

und Baden,[287] mit dem 1. Juli dess. J. über Württemberg[288] und Baiern[289] ausgedehnt, worauf dasselbe unter nachträglicher Genehmigung des Bundesraths den nun entsprechenderen Namen „Reichsoberhandelsgericht“ annahm.[290]

In allerjüngster Zeit aber ist nicht nur eine vollständige Civilproceßordnung, sondern auch, was hier besonders interessirt, ein Gerichtsverfassungsgesetz für das ganze im Reich begriffene Deutschland erlassen, und damit das gemeine Proceßrecht in allen seinen Theilen gänzlich umgestaltet worden. Daß eine solche Codification die mit einer gewissen Fülle aus den gemeinsamen Wurzeln herausgewachsenen particulären Bildungen abstreifen mußte, um zu einem neuen Gemeingültigen zu gelangen, liegt in der Natur der Sache. Sie ist aber weiter gegangen, und hat dem Zuge der Zeit folgend, welche weniger Werth auf geschichtliche Continuität, als auf die Realisirung gewisser besonders in Frankreich ausgebildeter Principien legt, vielfach theils mittelbar, theils unmittelbar aus dem französischen Rechte geschöpft, das ohnehin in einem Theile Deutschlands in Geltung stand, und seit geraumer Zeit auch auf die Territorialgesetzgebung einen bedeutenden Einfluß geübt hatte. Dies tritt namentlich in dem Gerichtsverfassungsgesetze hervor. War bereits in den meisten Territorien die alte Gerichtsverfassung mit ihrer den verschiedensten persönlichen und sachlichen Verhältnissen sich accommodirenden reichen Gliederung gegen eine schematische Gleichförmigkeit ausgetauscht worden, so bringt das Gerichtsverfassungsgesetz diese Entwickelung zum Abschluß, indem es die Organisation und Competenz der deutschen Gerichte unter Normen stellt, welche, von geringen Ausnahmen abgesehen, für die coordinirten Gerichte nur die geographische Begrenzung, für die subordinirten nur das durch die Rechtsmittel bestimmte Instanzenverhältniß, und

287) Vgl. die zwischen dem norddeutschen Bund und den Großherzogthümern Baden und Hessen vereinbarte Verfassung des deutschen Bundes vom 15. Nov. 1870 Art. 80 I. sub 17.

288) Vgl. den zwischen dem norddeutschen Bunde, Baden und Hessen einerseits und Württemberg andererseits abgeschlossenen Vertrag vom 25. Nov. 1870 Art 2 sub 6 I. 2.

289) Vgl. das R. G. vom 22. Apr. 1871 (betr. die Einführung norddeutscher Bundesgesetze in Baiern) §. 5.

290) Durch Plenarbeschluß vom 2. Sept. 1871 (abgedruckt in den Entsch. des R. O. H. Gerichts II. S. 448). Die nachträgliche Genehmigung des Bundesraths ist ausgesprochen unter dem 7. Dec. 1871 in einem Nachtrage zum Regulativ des B. O. H. Gerichts vom 11. Mai 1871 (abgedruckt in den Entsch. des R. O. H. G. IV. S. 447).

in Betreff der Klagsachen nur die Wichtigkeit des Streitobjects als Unterscheidungsmerkmale gelten lassen. Hiernach bilden — um bei den Civilgerichten stehen zu bleiben — die Landgerichte die erste Instanz für alle Civilsachen, welche nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind, und zugleich die Berufungs- (Appellations-) und Beschwerde-Instanz für die Amtsgerichte. Den Amtsgerichten, welche in minder wichtigen Sachen (vornämlich in solchen, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von 300 M. nicht übersteigt) competent sind, stehen Einzelrichter vor, die Landgerichte werden durch Richtercollegien gebildet. Ueber den Landgerichten stehen als Berufungs- und Beschwerde-Instanzen die Oberlandesgerichte, über diesen als Revisions- und Beschwerde-Instanz das Reichsgericht, in welchem, sobald es in Kraft tritt, das Reichs-Oberhandelsgericht aufgehen wird. Die Competenz des Reichsgerichts als einer Revisions- oder Beschwerde-Instanz in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kann jedoch — mit Ausnahme der jetzt zur Competenz des Reichs-Oberhandelsgerichts gehörigen, so wie der demnächst etwa durch besonderes Reichsgesetz an das Reichsgericht gewiesenen Sachen — in denjenigen Bundesstaaten, welche mehrere Oberlandesgerichte erhalten, durch die Landesgesetzgebung einem obersten Landesgerichte beigelegt werden. Und diese Bestimmung ist insofern von allgemeinerer Bedeutung, als sie bestätigt, daß das Gerichtsverfassungsgesetz, wie einschneidend es sonst auch sein mag, die Justizhoheit der Landesherrn, nicht bloß rücksichtlich der niederen Gerichte, denen gegenüber dieselbe nicht zweifelhaft ist, sondern auch in Betreff des Reichsgerichts bei Bestand läßt. Sie erscheint in dieser Beziehung als eine von allen Landesherrn für die einzelnen Bundesstaaten gemeinsam ausgeübte.

Immerhin aber bildet die neue große Codification einen Markstein zwischen der bisherigen und einer bevorstehenden neuen Entwickelung, und es wird manches Jahrzehnt vergehen, bis Theorie und Praxis sich über die zwischen Altem und Neuem verbliebenen Zusammenhänge klar geworden, und im Stande sein werden, den im Anschluß an die bisherigen Einrichtungen erarbeiteten reichen Schatz ächter Jurisprudenz zur Belebung und Ausbildung des neuen Rechts nutzbar zu machen. Bis dahin wird es darauf ankommen, das Bild des alten Rechts in allen seinen Theilen in lebendiger Erinnerung zu erhalten, auch in denen, welche, wenngleich von untergeordneter practischer Bedeutung, doch das Ver-

ständniß des Ganzen vervollständigen oder erleichtern. Und hiermit würde der Inhalt namentlich dieses und der folgenden §§. selbst dann gerechtfertigt sein, wenn die neue Gesetzgebung nicht erst an einem noch festzusetzenden Tage (spätestens am 1. Oct. 1879) in Kraft träte.

Von der Ausübung der Gerichtsbarkeit im Allgemeinen.*

§. 34.

Obschon die Gerichtsbarkeit principiell in den Händen des Staatsoberhaupts liegt, so folgt daraus doch nicht, daß dessen Wille auch bei ihrer Ausübung, der Rechtspflege, entscheidend sein müsse. Denn da die Civilrechtspflege, um welche es sich hier allein handelt, in der Anwendung des objectiven Rechts auf streitige Privatberechtigungen besteht, so ist die Norm ihrer Action nicht sowohl im Erfolg für das Ganze, welcher den Willen des Staatsoberhaupts bestimmt, als im Rechte selbst zu suchen.[1] In den älteren deutschen Rechtszuständen war daher, ähnlich wie in den früheren römischen,[2] dem Träger der Staatsgewalt und dessen Organen nur die Realisirung des gefundenen Urtheils vorbehalten, die Findung des Urtheils ging von Privatpersonen aus, welche von den öffentlichen Interessen unabhängig und doch an der Aufrechthaltung der Rechtsordnung interessirt waren.[3] Seit der Aufnahme der fremden Rechte aber ließ sich diese Scheidung nicht mehr halten. In der unteren Instanz verschwanden meist die ungelehrten Urtheiler, und die gesammte richterliche Thätigkeit vereinigte sich in der Hand des einen rechtsgelehrten Beamten.[4] Die oberen Gerichte dagegen wurden nicht bloß mit einem rechtsgelehrten

*) Kircheisen in Klein's Annalen IX. S. 301 fg. Gönner: Handbuch I. 1, III. 55. Schick: Ueber das reichsständische Instanzenrecht, dessen unerlaubte Vervielfältigung und insbes. von der s. g. Cabinetsjustiz, Gieß. u. Darmst. 1802. Kamptz und Stein: Gedanken über Cabinetsjustiz in Winkopp's Rhein. Bund 1807, H. 12 S. 402 fg. J. L. Klüber: Die Selbständigkeit des Richteramts und die Unabhängigkeit seines Urtheils in Rechtssachen, Frankf. 1832. B. W. Pfeiffer: Die Selbständigkeit des Richteramts, Gött. 1851. Menger: System des österreichischen Civilproceßrechts, Wien 1876 I. S. 210—247.

1) Stahl: Die Philosophie des Rechts II. 2 §. 131.

2) Cic. pro Cluent. c. 43: „Neminem voluerunt majores nostri ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset."

3) Vgl. §. 33 Note 1—4.

4) S. §. 33 Note 278—280.

Statthalter (vicarius), sondern auch mit rechtsgelehrten Urtheilern besetzt, welche eben so wie jener als Beamte und Diener des Gerichtsherrn angesehen wurden,[5] und wennschon zum Theil von ständischen Corporationen präsentirt,[6] in Folge ihrer Anstellung und Verpflichtung doch nicht die volle Unabhängigkeit der alten Schöffen besaßen. Es lag in diesem Verhältniß die Gefahr, daß die Gerichtsherrn durch Befehle und Wünsche einen unberechtigten Einfluß auf die Thätigkeit ihrer richterlichen Beamten üben könnten, und es bildete sich dawider der staatsrechtliche Grundsatz, daß sie 1. diesen Beamten eine persönlich gesicherte Stellung zu gewähren hätten — Unabsetzbarkeit der Richter —, und daß sie 2. nicht persönlich in die Rechtspflege eingreifen dürften[7] — Ausschluß der Cabinetsjustiz —. Jenes erste, positive Moment ist rein staatsrechtlicher Natur, und braucht daher hier nur erwähnt zu werden;[8] das andere, negative aber bietet dadurch doch auch eine processualische Seite dar, daß es zu der Frage veranlaßt, wie sich der Richter zu verhalten habe, wenn ihm Verfügungen zukommen, welche unmittelbar in einen anhängigen oder anhängig zu machenden Rechtsstreit eingreifen.

Die Gesetze des alten deutschen Reiches gaben hierüber ganz bestimmte Vorschriften; sie erklärten mit Beziehung auf die Zusage des Kaisers, an die Reichsgerichte keine gegen deren Ordnungen

---

5) Die Stellung der R. K. G. Assessoren war allerdings eine besondere. Zwar sagt die K. G. O. von 1521 tit. 4 §. 1: — „die alle Wir zu unserm C. G. Beysitzern und Urtheilern ordnen und setzen," ganz bestimmt aber hebt der Vis. A. von 1713 §. 22 ihre Beziehung zu Kaiser und Reich hervor, verb. „unter dem unbegründeten Vorwande, als ob er seinen Präsentanten beim Gerichte (welches überhaupt Ihre K. M. und das Reich allein repräsentirt) insonderheit repräsentire." Die Reichshofräthe dagegen wurden nicht nur vom Kaiser selbst angestellt, sondern auch bis zur Wahlcapit. von 1742 art. 24 §. 3 durch ihren Amtseid ohne Erwähnung des Reichs nur dem Kaiser verpflichtet. Vgl. R. H. R. O. von 1654 tit. 7 §. 21. Wie man die Besetzung der Territorialgerichte ansah, zeigen die unten in Note 10 angeführten Stellen.

6) Nachweisungen finden sich für die frühere Zeit bei Grupen: Disc. for. p. 523 sequ., Struben: Nebenstunden III. S. 56, Unger: Gesch. der deutschen Landstände II. S. 161 fg. Gegenwärtig besteht ein solches Präsentationsrecht wohl nur noch in Mecklenburg.

7) Anders würde es sich mit dem von den Landesherrn in den oberen Gerichten ausgeübten Vorsitz verhalten, wenn dieser nicht wegen des Erfordernisses einer gelehrten Bildung längst wäre aufgegeben worden. Vgl. J. J. Moser: Von der Landeshoheit in Justizsachen I. §. 17 unter 1.

8) S. hierüber Zachariä: Deutsches Staats- und Bundesrecht II. §. 143, 144, Stahl a. a. O. (Note 1) II. 2 S. 445. Rücksichtlich der Mitglieder des Reichs-Oberhandelsgerichts vgl. Bundesgesetz vom 12. Juni 1869 (betr. die Einrichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen) §. 23—26.

angehende Inhibitionen, Instructionen und Commissionen erlassen zu wollen, alle dergleichen Befehle für unwürdig, kraftlos und nichtig.[9] Für die Unabhängigkeit der Territorialgerichte dagegen enthielten sie keine ähnlichen Garantien. Sie verpflichteten die Stände nur im Allgemeinen, Unter-, Ober- und Hofgerichte mit verständigen (qualificirten) Leuten zu besetzen und in eine solche Ordnung zu bringen, daß den Unterthanen keine Ursache zu Klagen gegeben würde.[10] Allerdings aber konnte gegen landesherrliche Rescripte, welche den stracken Lauf der Justiz hemmten, bei den Reichsgerichten querulirt werden, und die Competenz der Reichsgerichte für derartige Beschwerden bildete einen so wesentlichen Bestandtheil des öffentlichen Rechtsschutzes, daß sie selbst den privilegia de non appellando gegenüber anerkannt war.[11] Auch ertheilten Landesprivilegien und Landtagsabschiede den Unterthanen vielfältig und zum Theil schon im 16. Jahrhundert die Zusicherung einer schleunigen, unparteiischen und ungehinderten Rechtspflege.[12] Und nachdem in neuerer Zeit die Doctrin dem Ausschluß der Cabinetsjustiz die Bedeutung eines allgemeinen staatsrechtlichen Princips vindicirt hatte,[13] wurde derselbe in den meisten deutschen Ländern auch durch die seit 1815 erlassenen Verfassungsurkunden bestätigt.[14] Jedoch sprechen sich manche dieser Gesetze über die practische Bedeutung entgegenstehender Rescripte nicht mit gleicher Bestimmtheit wie die

---

9) K. G. O. von 1495 tit. 21, von 1521 tit. 27, von 1555 pr. §. 1, II. 35, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 37, J. R. A. §. 166, Wahlcapit. art. 16 §. 4, 7, 8, 12—17, art. 17 §. 1, art. 18 §. 4, art. 24 §. 12. — Die Nichtigkeit der fraglichen Befehle wird zuerst in der K. G. O. von 1555 a. a. O. ausgesprochen, und gilt selbstverständlich nur für das R. K. Gericht; für den R. H. Rath, der übrigens durch das I. P. O. V. 54 an die K. G. Ordnungen verwiesen ist, findet sich eine ähnliche ausdrückliche Bestimmung nirgends. S. aber J. J. Moser: Von der deutschen Justizverfassung I. S. 1165.

10) P. H. G. O. Art. 1, Dep. A. von 1600 §. 15, J. R. A. §. 108.

11) So schon die bulla aur. c. 11 §. 3 („— quamdiu — — non fuerit justitia denegata"), 4, 5. Eben so später bei der Erneuerung und weiteren Verleihung des priv. de non appellando. Vgl. auch K. G. O. von 1555 II. 28, und über die Praxis der Reichsgerichte Schick a. a. O. §. 30 fg., §. 36 fg., Pfeiffer a. a. O. S. 68 fg., Pract. Ausführungen III. S. 240 fg.

12) Vgl. die Nachweisungen bei J. J. Moser a. a. O. (Note 7) I. §. 13, Zachariä a. a. O. (Note 8) I. §. 90 Note 1.

13) Von besonderem Einfluß ist in dieser Beziehung Montesquieu: De l'esprit des lois VI. c. 5 gewesen. Im Uebrigen vgl. Struben: Nebenstunden III. Abh. 13 §. 15, J. J. Moser a. a. O. (Note 7) I. §. 5 S. 5, J. Möser: Patr. Phantasien IV. 30, Kircheisen a. a. O. IX. S. 301 fg., Häberlin: Staatsarchiv XVI. S. 214, Pfeiffer: Pr. Ausf. III. S. 240 und die Nachweisungen bei Zachariä a. a. O. II. §. 170 Note 2.

14) Vgl. Zachariä I. §. 90 Note 1 a. E.

Reichsgesetze aus,[15] und unter dieser Voraussetzung nun ist der entscheidende Gesichtspunct der, daß der Richter zur Vornahme amtlicher Functionen nur insoweit berechtigt und verpflichtet ist, als die ihm vom Landesherrn ertheilte Legitimation reicht, daß er aber niemals richterliche Handlungen gegen besseres Wissen und Gewissen vornehmen darf. Es läßt sich daher nicht schlechthin sagen, der Richter sei von Amts wegen befugt und verpflichtet, Verfügungen der fraglichen Art nicht zu befolgen.[16] Dies gilt vielmehr nur von den positiven Vorschriften, durch welche auf sein Verfahren eingewirkt werden soll; wogegen er sich nicht weigern kann, einem Befehle zu gehorchen, welcher direct oder indirect (z. B. durch Bestellung einer Commission) seine Thätigkeit in einer vor ihn gehörigen Sache sistirt.[17] Wider solche Eingriffe gibt es überhaupt keinen privatrechtlichen Schutz, sie liegen außerhalb des geordneten Rechtsganges, und beruhen auf einem Mißbrauch der dem Landesherrn zustehenden staatsrechtlichen Befugnisse. Eben deshalb würde auch nur eine staatsrechtliche, durch Vermittelung der Stände zu bewirkende Abhülfe übrig bleiben,[18] wenn nicht daneben nach dem Vorgange der W. Schl. A. Art. 29 von der Verfassung des deutschen Reiches Art. 77 noch eine wirksamere Remedur eröffnet worden wäre. Nach ihr soll im Fall einer Hemmung oder Verweigerung der Justiz, sofern auf gesetzlichen Wegen ausreichende Hülfe nicht erlangt werden kann, dem Bundesrathe obliegen, erwiesene, nach der Verfassung und den bestehenden Gesetzen jedes Landes zu beurtheilende Beschwerden anzunehmen, und darauf bei der Bundesregierung, die zu der Beschwerde Anlaß gegeben, die gerichtliche Hülfe zu bewirken. An die gerichtliche Zurückweisung eines Antrags, gegen welche es Rechtsmittel gibt, kann hier so wenig gedacht sein, wie an die auf der Gesetzgebung beruhende Ausschließung des Rechtswegs. Das Bedürfniß einer solchen Einwirkung existirt in der That nur landesherrlichen Eingriffen gegenüber,

15) Die einschlagenden Bestimmungen der Particularrechte weist Zachariä I. §. 90 Note 1, II. §. 170 Note 13 nach.

16) Dieser nicht zu billigenden Meinung sind Schick a. a. O. §. 60, Pfeiffer: Pract. Ausf. III. S. 245, Heffter: System des C. Pr. §. 66 (mit Berufung auf l. 7 C. de prec. imp. off. (1, 19), nov. 113, welche Stellen jedoch von Voraussetzungen ausgehen, die dem heutigen Recht durchaus fremd sind), Zachariä a. a. O. II. §. 170 N. 13, Stahl a. a. O. II. 2 S. 504.

17) So Gönner a. a. O. I. 1 §. 33, 34, Linde: Lehrbuch des C. Pr. §. 103.

18) Ein Beispiel aus älterer Zeit bei J. J. Moser: Landeshoheit in Regierungssachen I. §. 5.

deren Unverbindlichkeit nicht schon gesetzlich feststeht, und nur von ihnen kann daher jener Artikel verstanden werden.[19]

Uebrigens beschränkt der Ausschluß der Cabinetsjustiz den Landesherrn nicht in der ihm zustehenden Oberaufsicht, kraft deren er befugt ist, von den Gerichten Berichte über ihre Geschäfsthätigkeit zu fordern, die in derselben wahrgenommenen Mißbräuche abzustellen, Visitationen anzuordnen, s. g. mandata de administranda justitia wegen verzögerter oder ohne Angabe von Gründen verweigerter Rechtspflege zu erlassen, und die der prompten und zweckentsprechenden Handhabung der Justiz etwa entgegentretenden äußeren Hindernisse zu beseitigen.[20]. Das Organ, dessen er sich hierbei bedient, ist das Justiz-Ministerium, und um die Schranken zu bezeichnen, welche dieser Behörde gesetzt sind, wird man sagen können, die Thätigkeit derselben „in der ihr eigenthümlichen formalen Richtung wirke für das Allgemeine, ihr liege nur die amtliche Vorsorge ob, daß Justiz gehandhabt, und gesetzmäßig gehandhabt werde, auf die Behandlung und Entscheidung einzelner Rechtsstreitigkeiten könne ihre Thätigkeit sich nicht erstrecken."[21]

Von der Uebertragung der Ausübung der Gerichtsbarkeit.

§. 35.

Da die Gerichtsbarkeit ein wesentlicher Bestandtheil der Staatsgewalt ist, so kann die Befugniß zu ihrer Ausübung nur vom Oberhaupte des Staates abgeleitet werden. Diese Befugniß aber läßt sich nicht bloß als übertragenes Amt (jurisdictio personalis), sondern auch als selbständiges Recht (jurisdictio realis) denken.

1. Da, wo die Ausübung der Gerichtsbarkeit als Amt übertragen ist, ist sie zunächst das Object einer gegen den Landesherrn eingegangenen Verpflichtung, folgeweise aber erscheint sie auch als Object eines im Namen des Landesherrn den Unterthanen gegen-

19) In negativer Fassung ist dies ausgesprochen seitens einer von der Bundesversammlung niedergesetzten Commission. Vgl. Protocolle der Bundesvers. XI. S. 155 und dazu Münscher in der Zeitschr. für Recht und Gesetzgeb. in Kurhessen II. S. 51.

20) Vgl. Zachariä a. a. O. II. §. 172.

21) Dies sind die Worte von Pfeiffer: Pract. Ausf. III. S. 253 fg. Vgl. auch Münscher a. a. O. II. S. 52.

über geltend zu machenden Rechtes. Durch die Anstellung wird also der richterliche Beamte gleichzeitig in Pflichten genommen und zu den ihm angewiesenen richterlichen Functionen legitimirt. Die Grenzen dieser Functionen aber können sehr verschieden gezogen sein und gleich hier ist zu bemerken, daß sie entweder auf einer feststehenden Regel beruhen — jurisdictio ordinaria —, oder durch Ueberweisung (delegatio) einer einzelnen Sache gesteckt sind — jurisdictio extraordinaria s. delegata —.

Im R. R. kommt die Ueberweisung einzelner Sachen in doppelter Gestalt vor. Zur Zeit des Formularprocesses bildete sie einen wesentlichen Bestandtheil des ordentlichen Verfahrens, des ordo judiciorum privatorum; die richterlichen Magistrate mußten die Instruction und Entscheidung der vor ihnen eingeleiteten Processe einem Privatmann übertragen, und dieser, der „judex a magistratu datus", übte dann zwar ein richterliches Amt (officium judicis) aus, hatte aber keine Amtsgewalt, deren Handhabung den Magistraten vorbehalten blieb. In späterer Zeit, nach Abschaffung des Formularprocesses, war die judicis datio nur noch ausnahmsweise gestattet. Nach ihrem Vorbild aber pflegte auch der Kaiser, wenn er von den Parteien in erster Instanz um seine Hülfe angegangen wurde, einen judex zu bestellen, welcher als „a principe datus" sich dadurch auszeichnete, daß er eine wahre Jurisdiction mit Amtsgewalt hatte, und eben deshalb selbst wieder einen judex bestellen durfte.[1] Wenn daher der spätere Sprachgebrauch sowohl die von einem Magistrat, als die vom Kaiser ausgehende Ernennung eines judex mit dem Ausdruck judicem delegare, causam delegare bezeichnete, so faßte er zwei Vorgänge zusammen, welche, obschon auf einem wesentlichen Puncte von einander abweichend, doch darin übereinkamen und im Gegensatz zu der Anstellung eines ordentlichen Richters standen, daß sie sich auf die Uebertragung einer einzelnen Sache beschränkten. Vorzugsweise aber wurde dieser Gegensatz durch das C. R. ausgebildet, welches durch die weite Ausdehnung der überall mit der Jurisdiction der Bischöffe concurrirenden päpstlichen Gerichtsbarkeit veranlaßt war, dem Papst das unbeschränkte Recht der Delegation zuzuerkennen, dasselbe

1) Vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. S. 782, III. S. 106, 116. Nicht hierher gehören: tit. Dig. 1, 21. De officio ejus, cui mandata est jurisdictio, Cod. 1, 50. De officio ejus, qui vicem alicujus judicis vel praesidis obtinet — wohl aber tit. Cod. 3, 4. Qui pro sua jurisdictione judices dare darive possunt.

Recht aber auch den Bischöffen, also allen judices ordinarii einräumte.[2]

Indeß fand man in Deutschland die fremden Rechte in diesem Puncte nicht zu unbedingter Geltung geeignet, und berücksichtigte sie daher bei der selbständigen Auffassung und Gestaltung der Delegationen nur in untergeordneter Weise.[3] Daß zwar sowohl in der kaiserlichen, als in der landesherrlichen Gewalt das Recht der Delegation enthalten sei, wurde an sich nicht bezweifelt.[4] Seitdem aber die Gerichte regelmäßig mit Rechtsgelehrten besetzt wurden, mußte die Ausübung jener Befugniß ein bedenkliches Ansehn gewinnen. Denn die Ernennung eines delegatus hob für den einzelnen Fall nothwendig die Competenz des ordentlichen Gerichts auf, und brachte somit jedes Mal einen Eingriff in den stracken Lauf der Justiz mit sich. Die Reichsstände waren daher fortwährend bedacht, dem Kaiser die Delegationen, oder wie sie gewöhnlicher genannt wurden, die Commissionen zu verwehren,[5] und setzten in der That die Anerkennung des Grundsatzes durch, daß der Kaiser nur anstatt der Austrägal-Instanzen und mit Vorbehalt der Appellation an eins der höchsten Reichsgerichte (commissiones ad austraegas),[6] außerdem aber nicht anders, als wo seine eigne

2) Tit. X. 1, 29. Lib. VI. 1, 14. Clem. 1, 8. De off. et pot. judicis delegati. — J. H. Boehmer: J. E. P. I. 29, Eichhorn: Grundsätze des Kirchenrechts II. S. 169 f., Walter: Lehrbuch des K. R. §. 185, Richter: Lehrbuch des K. R. §. 194, Hinschius: Das Kirchenrecht I. §. 21, Kaempfe: Die Begriffe der Jurisdictio ordinaria, quasiordinaria, mandata und delegata, Wien 1876.

3) Die Litteratur über das practische Recht der Delegation (oder Commission) ist freilich nicht als Maaßstab anzulegen. Es gehören hierher: Rutg. Rulant: Tr. de commissariis et commissionibus camerae imp. Francof. 1596. 1617. 1658. 1664. 1724, Nic. Rucker: De commissariis, Francof. 1596, Leyser: Medit. l. sp. 27, 28, Engelhardt: Diss. de commiss. Bamb. 1774, Gönner: Handbuch IV. 74. — Mit dem obigen Resultat aber stimmen im Wesentlichen überein Wernher: Observ. II. 10 obs. 375, Ludolff: Variae obs. for. obs. 100, Schilter: Praxis juris rom. in foro germ. V. 22 in f., J. H. Boehmer: J. E. P. I. 29 §. 11, 12, 14, 38, Gebauer: Exercit. acad. I. 16 c. 2 §. 6, Kreittmayr: Anmerk. über den Cod. jur. Bavar. jud. I. §. 18 a, Claproth: Einleitung I. §. 56, Glück: Commentar III. S. 163, 164, 290, Erk. des O. A. G. zu Kiel bei Seuffert: Archiv VIII. 89.

4) Nachweisungen über das ältere Recht finden sich in §. 33 Note 31, 38, 69. Vgl. auch Harpprecht: Staatsarchiv I. S. 51, 60, 302, Franklin: Das Reichshofgericht im M. A. II. S. 49 fg. Es handelte sich jedoch vor der Einführung ständiger Gerichte bei der Ernennung eines Commissarius der Natur der Sache nach nur um die Person des Richters, nicht um die der Urtheiler. Ueber die spätere Zeit werden die folgenden Noten genügende Beweise liefern.

5) Vgl. J. J. Moser: Einleitung zum R. H. R. Proceß I. S. 345 fg.

6) Diese s. g. Austräg-Commissionen kommen schon frühzeitig in den R. G.

(oder des Reichshofraths) Competenz in erster Instanz begründet sei, und dann bloß zur Untersuchung, nicht zur Entscheidung der Sache Commissionen (commissiones aulicae s. extraordinariae) erkennen dürfe.[7] In solchen Fällen war mit der Ausführung der Reichshofrath betraut.[8] Daneben aber bediente sich der R. H. Rath, und unter ausdrücklicher Gestattung der Reichsgesetze auch das R. K. Gericht[9] der Commissionen zur Erledigung solcher Handlungen, welche (wie Augenscheine, Zeugenverhöre, Güteversuche, Acteninrotulationen, Liquidationen, Immissionen, Executionen u. dergl.) in collegialer Form nicht vorgenommen werden konnten,[10] und zwar nicht bloß in der Art, daß sie eins oder mehrere ihrer Mitglieder,[11] sondern gewöhnlicher so, daß sie Fremde delegirten.

In den Territorien dagegen blieb den Landesherrn das Recht zur Bestellung von Commissionen noch lange Zeit unverkürzt,[12] bis

---

Ordnungen vor. Vgl. K. G. O. von 1521 tit. 34 §. 4, 18, von 1555 II. 3 §. 1, 4 §. 9, 5 §. 1, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 3 pr., 4 §. 9, 5 pr. Auch wurde der Schiedsrichter, dessen sich die Parteien in der Austrägal-Instanz vergleichen konnten, kraft eines vom Kaiser durch die betreffenden Bestimmungen der K. G. Ordnungen zum Voraus ertheilten Auftrags, als kaiserlicher Commissarius angesehen. Vgl. K. G. O. von 1495 tit. 24, von 1555 II. 2, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 2 §. 1.

7) Schon die K. G. O. von 1555 pr. §. 1 enthält einen kaiserlichen Verzicht auf alle dieser Ordnung zuwider laufende Commissionen. Die obige Formulirung aber wurde zuerst in einem an den R. H. Rath gerichteten kaiserlichen Decret vom 1. Juli 1596 (bei Moser: Einleitung I. S. 355 fg.) anerkannt, dann in das Conc. der R. H. R. Ordnung von 1614 tit. 2 aufgenommen, und endlich durch das I. P. O. V. 51 und die R. H. R. O. von 1654 II. 2, 5—7 mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Confessionen noch genauer fixirt. Auch in die Wahlcapitulationen (zuerst in die Ferdinands III.) ging eine die Commissionen betreffende Bestimmung über (XVIII. 5. „Und keinen mit Commissionen, Mandaten und andern Verordnungen darwider [cf. §. 4] beschwehren oder eingreifen").

8) R. H. O. von 1654 II. 6, Wahlcapit. XVI. 13.

9) Ob das R. K. Gericht commissiones ad totam causam bestellen könne, war bestritten. Für die Bejahung berief man sich auf die K. G. O. von 1495 §. 20, für die Verneinung auf den Vis. A. von 1714 §. 12, und darauf, daß das R. K. Gericht solche Commissionen jedenfalls nicht zu erkennen pflege. Vgl. Claproth: Einleitung §. 56 Note e.

10) Ueber den R. H. R. vgl. Pütter: Nova epit. §. 486, über das R. K. G. z. B. das Conc. der K. G. O. von 1613 II. 20 und Tafinger: Inst. jurispr. cam. §. 818 sequ., Cramer: Obs. jur. univ. V. obs. 1305, Pütter l. c. §. 152, 156, 158—160.

11) Dies kam wohl nur beim R. H. R. vor, wenn derselbe commissiones ad amicabilem compositionem erkannte (kaiserliche Hofcommissionen). Vgl. J. J. Moser: Von der deutschen Justiz-Verfassung II. S. 216 fg., Einleitung zum R. H. R. Pr. IV. S. 810 fg., Malblanc: Conspectus §. 246 c.

12) Vgl. z. B. Carpzov: Proc. jur. II. 3 nr. 6, Mevius: Decis. I. 250, III. 187, Leyser: Medit. I. sp. 27, J. H. Boehmer: J. E. P. I. 29 §. 11, 50, und besonders das R. H. R. Decret vom 10. Jan. 1736 bei J. J. Moser: Landeshoheit in Justizsachen I. S. 32.

sich im vorigen Jahrhundert auch nach dieser Seite hin das Bedürfniß einer größeren Unabhängigkeit der Rechtspflege geltend zu machen begann. In Folge dessen ist der Grundsatz zur Anerkennung gelangt, daß landesherrliche Commissionen nur unter Voraussetzung eines übereinstimmenden Antrags der Parteien und in eigentlichen Nothfällen statthaft seien,[13] oder abstracter ausgedrückt, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden dürfe.[14] Dagegen sollen particularrechtlich die Obergerichte in gewissen Fällen zur Bestellung von Commissionen befugt sein, da nämlich, wo an sie Sachen devolviren, welche nach dem regelmäßigen Instanzenverhältniß vor ein in concreto ausgeschlossenes Niedergericht gehört hätten;[15] nur versteht sich dies nicht von selbst, sondern ist auf eine besondere Autorisation des Landesherrn zurückzuführen.[16] Wogegen jenen Gerichten dieselbe Befugniß rücksichtlich einzelner Acte nach Analogie der für die Reichsgerichte geltenden Grundsätze schon gemeinrechtlich zukommt.[17]

Auf die Ernennung einer Commission hat keine Partei einen rechtlichen Anspruch; vielmehr steht dieselbe zum Ermessen des Committenten, der sie in den bezeichneten Grenzen aus überwiegenden Zweckmäßigkeitsgründen sogar ohne Antrag (namentlich ad singulos actus),[18] oder wo ein solcher vorliegt, wenigstens ohne

---

13) S. die Nachweisungen bei J. J. Moser a.a.O. I. §. 19 und Pfeiffer: Pract. Ausf. III. S. 274 fg., und über die Ausnahmen Moser a.a.O. I. S. 27, Claproth: Einleitung I. §. 56, Malblanc l. c. §. 78, Danz: Grundsätze §. 490, Gönner: Handbuch I. 1 §. 12, Glück: Commentar III. S. 170 fg.

14) Ueber die neueren Verfassungsgesetze vgl. Zachariä: Deutsches Staats- und Bundesrecht II. §. 172 N. 8.

15) So in Kurhessen nach Strippelmann: Neue Sammlung IV. 2 S. 463 und 464, in Sachsen nach Biener: Syst. proc. jud. 2. ed. I. §. 22 n. 21, in Baiern nach Cod. jur. Bavar. judic. I. 18, 20 vgl. mit XV. 4 nr. 6, in Mecklenburg nach Trotsche: Der mecklenb. C. Pr. I. §. 16 zu Note 3. — Ueber die Fälle, in denen die Ueberspringung des Unterrichters gemeinrechtlich gestattet ist, vgl. §. 38 Note 9 fg.

16) Vgl. J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 12 in f., Malblanc l. c. §. 80, Glück: Commentar III. S. 167, Claproth: Einleitung I. §. 56, welcher letztere jedoch die im Text genannten Fälle ausnimmt, worin er die Zustimmung der Jur. Fac. zu Bonn bei Seuffert: Archiv XXI. 77 gefunden hat.

17) Vgl. J. H. Boehmer: J. E. P. I. 29 §. 12, Malblanc l. c. §. 80, Claproth a. a. O. §. 55, Heffter: System §. 78. — Der Art. 72 der P. H. G. O. darf dagegen nicht ohne Weiteres hierher gezogen werden, da der Ausdruck „nechste Obrigkeit" zweideutig ist. Cf. Jo. Sam. de Boehmer: Medit. in C. C. C. ad h. art. §. 2.

18) Mevius ad jus Lub. I. 1 art. 3 nr. 40, J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 16, 17, J. J. Moser: Einleitung I. S. 475, Hofmann: Teutsche Reichspraxis II. §. 1200, Glück a. a. O. III. S. 170, Claproth a. a. O. I. 54, 57, Danz a. a. O. §. 490, Martin: Lehrbuch §. 300. — Natürlich können die ex officio verordneten Commissionen von den Parteien nicht abgelehnt werden.

vorgängiges Gehör des anderen Theils verfügen kann,[19] und die von den Parteien gemachten Personalvorschläge nicht nothwendig zu berücksichtigen braucht,[20] sondern den Commissar unter dem stillschweigenden Vorbehalt der recusatio suspecti[21] aus den des Richteramts fähigen Personen,[22] die seiner Jurisdiction unterworfen sind,[23] überall frei auserwählt.[24] Heut zu Tage gewöhn-

19) Das R. K. Gericht beobachtete die entgegengesetzte Ansicht, und gestattete nicht nur über den gestellten Antrag als solchen, sondern auch über die etwa vorgeschlagenen Personen das rechtliche Gehör — vgl. Rulant l. c. I. 1 c. 15 —; die Praxis aber hat sich mit großer Uebereinstimmung gegen das vorgängige Gehör ausgesprochen, und läßt regelmäßig erst nach Erlaß des Commissionsdecrets eine Remonstration zu — vgl. Mevius: Decis. II. 164, III. 203, J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 17, Leyser: Medit. I. sp. 27 § 4, J. J. Moser: Einleitung zum R. H. R. Proceß I. S. 475, Hofmann a. a. O. II. §. 1196, Glück a. a. O. III. S. 171. — A. M. sind jedoch Danz a. a. O. §. 491, Martin a. a. O. §. 300. — Die Ablehnung der beantragten Commission kann motivirt werden durch Einwendungen gegen die Begründung des Antrags, und wenn es sich um commissiones ad totam causam handelt, insbesondere durch Berufung auf die Rechtshängigkeit der fraglichen Sache. Dieser Grund wirkt sogar gegen die ex officio verfügten Commissionen, falls nicht eine magna causa vorliegt. Vgl. Carpzov: Processus IX. 3 nr. 95, J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 17, Hoffmann a. a. O. II. §. 1201, Leyser l. c. sp. 27 m. 4, 5, Glück a. a. O. III. S. 172.

20) Anders nach der Praxis des R. K. Gerichts, nach welcher der betreibende Theil eine taugliche Person (oder mehrere) vorzuschlagen, der andere dagegen zu excipiren hatte, und nur dann gerichtsseitig zur Wahl eines Commissarius geschritten wurde, wenn die genannte Person mit Recht recusirt, und statt derselben eine andere nicht vorgeschlagen worden war. Vgl. Gaill: Obs. I. 96 nr. 1, Vis. Art. von 1562 §. 10, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 20 §. 8, 9. Nicht ganz so speciell waren die Bestimmungen der (Regensb.) K. G. O. von 1507 tit. 3, von 1555 III. 11 §. 3. Der Gegenpartei aber stand nicht nur die recusatio suspecti, sondern auch der Vorschlag eines adjunctus frei, der die Thätigkeit des Comissars zu controliren hatte. Vgl. Rulant l. c. I. 4 c. 14 nr. 3 sequ., Pütter: Nova epit. §. 153.

21) Dieser Vorbehalt wird, wie im C. R. — c. 17, 25, 27 §. 3 X. h. t. (1, 19), c. 35, 36 X. de appell. (2, 28), c. 4, 5 in VI. h. t. (1, 14) —, so auch in den Reichsgesetzen anerkannt — (Regensb.) K. G. O. von 1507 tit. 7, von 1555 III. 16 §. 2, Dep. A. von 1600 §. 176, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 20 §. 3, 4.

22) Nicht bloß in negativer — I. P. O. V. 51, Wahlcapit. XVIII. §. 5 —, sondern auch in positiver Beziehung — P. H. G. O. Art. 72, K. G. O. von 1555 III. 16 §. 4, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 20 §. 7 — wird die Fähigkeit zum Richteramt erfordert, nach C. R. insbesondere die geistliche Würde — c. 11 pr. in VI. de rescript. (1, 3). — Die Beeidigung dagegen war weder in den Reichsgesetzen vorgeschrieben, noch bei den Reichsgerichten üblich, und wird deshalb auch von J. H. Boehmer: J. E. P. I. 29 §. 44, Struben: Rechtl. Bed. IV. 104, Hofmann a. a. O. II. §. 1203, Glück a. a. O. III. S. 173, Malblanc l. c. §. 81 nicht für nöthig erachtet. A. M. sind jedoch die meisten Neueren, außer wenn ein schon beeidigter Beamter zum Commissar bestellt worden ist. Vgl. Martin: Lehrbuch §. 300, Heffter: System §. 80, Schmid: Handbuch I. §. 35 Note 16.

23) Hofmann a. a. O. II. §. 1198, Claproth a. a. O. I. §. 57.

24) So schon bei den kaiserlichen (und R. H. Raths-) Commissionen — vgl. die Stellen der Note 6, I. P. O. V. 51 und Pütter l. c. §. 487, Mal-

lich aus den ihm subordinirten Gerichten,[25] wodurch denn auch die Beiordnung eines besonderen Actuars entbehrlich wird, welche außerdem wegen Aufnahme des demnächst berichtlich an den Committenten einzusendenden Protocolls erforderlich sein würde.[26] Hiermit ist aber nur gesagt, daß die Wahl des Commissars nicht vom Vertrauen der Parteien abhängt. Denn allerdings wird vom Committenten auf die persönlichen Eigenschaften des Commissars gesehen, welcher deshalb ohne ausdrückliche oder aus den Umständen zu folgernde Auctorisation nicht selbst wieder subdelegiren darf.[27]

Die Ernennung geschieht durch ein Auftragsschreiben (commissorium), welches dem Commissar zugleich zur Legitimation[28]

---

blanc l. c. § 248. 3 —, obschon nach Moser: Einleitung I. S. 432, 433, 469, 475 der nachsuchenden Partei ein Vorschlag gestattet wurde. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller nehmen aber gewöhnlich an, der Committent halte sich, wenn die Commission erbeten worden, an den etwa gemachten Vorschlag des Antragstellers, gestatte dann aber dem Gegner die Benennung eines Concommissarius, und schreite nur in Ermangelung eines Vorschlags oder nach geschehener Recusation des Vorgeschlagenen, so wie überall da, wo er die Commission ex officio verfüge, selbst zur Wahl. Vgl. Mevius: Decis. VIII. 128, J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 17, Claproth a. a. O. I. §. 57, Danz a. a. O. §. 491, Biener: Syst. proc. jud. II. §. 328 n. 5. Diesen der Praxis des R. K. Gerichts im Ganzen nachgebildeten Ansichten gegenüber wird jedoch in neuerer Zeit mit Recht wieder mehr das Ermessen des Committenten betont. So von Hofmann II. §. 1196, Malblanc §. 78, Heise und Cropp: Abhandl. II. S. 85 N. 57.

25) Z. B. in Kurhessen nach Strippelmann: Neue Samml. IV. 2 S. 463, in Mecklenburg nach Trotsche: Der meckl. C. P. I. § 16 zu Note 13.

26) Nach Analogie der P. H. G. O. art. 186 und des bei den ordentlichen Gerichten Statt findenden Verfahrens. Vgl. J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 44. A. M. aus unzutreffenden Gründen Leyser: Medit. I. sp. 27 m. 7, Struben a. a. O. IV. 104, Glück a. a. O. III. S. 173.

27) Anders nach R. R. die a Principe delegati — l. 5 C. de jud. (3, 1), l. un. C. qui pro sua jurisd. (3, 4) und dazu Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. S. 183 — und nach C. R. die Delegaten des Papstes — c. 3, 18, 27, 28 pr. §. 1, c. 43 pr. X. h. t. (1, 29), c. 62 X. de appell. (2, 28) und dazu J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 13. — Für das heutige Recht aber sind die im Text aufgestellten Gesichtspuncte entscheidend. Vgl. J. H. Boehmer l. c. §. 14, 15, G. L. Boehmer: Principia juris can. §. 247, Kreittmayr a. a. O. I. 18 e. (mit Beziehung auf die notorische Praxis in Bayern), Claproth a. a. O. I. §. 61, Danz a. a. O. §. 490, Glück III. S. 297, Mühlenbruch: Entwurf §. 84, Schmid: Handbuch I. §. 35 N. 18, Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 466, 467 (rücksichtlich der vom O. A. G. ernannten Commissionen). Nicht recht klar ist die Meinung Heffter's System §. 80 Note 138, da Leyser l. c. sp. 27, 28 mit den älteren Juristen, z. B. Gaill: Obs. I. 97, Rulant l. c. I. 3 c. 6, 7, Carpzov: Process. II. 3 nr. 13 und anderen bei J. H. Boehmer l. c. §. 15 Citirten die Grundsätze des R. und C. R. rücksichtlich der Subdelegation für anwendbar hält. Beispiele der stillschweigend ertheilten facultas subdelegandi sind, wenn die Commission einem Reichsstande, oder einem die Gerichtsbarkeit nicht in corpore ausübenden Stadtmagistrat (Bürgermeister und Rath), oder einem Patrimonialgerichtsherrn ertheilt worden ist.

28) Arg. c. 31 X. h. t. (1, 29).

dient. Dasselbe muß mit genügender Bestimmtheit und nöthigenfalls unter Anfügung der einschlagenden Actenstücke[29] die Art des Auftrags und die bei Meidung der Nichtigkeit[30] einzuhaltenden Grenzen desselben bezeichnen, und schließt von selbst Alles in sich, was die Beschaffenheit des aufgetragenen Geschäfts erfordert,[31] insbesondere also, wenn es auf eine ganze Sache geht, die Competenz für die Widerklage, für processualische Restitutionen, für die Execution und andere Accessoria.[32] Einer Vorschrift über den Modus des Processes dagegen bedarf es nicht; der Commissar ist an das vom ordentlichen Richter zu beobachtende Verfahren gewiesen.[33] Auch tritt er nach der modernen Auffassung im Instanzenzug an die Stelle desjenigen ordentlichen Gerichts, welches durch ihn ersetzt werden soll,[34] und nicht vollkommen zutreffend ist daher die dem römischen[35] und canonischen Recht[36] entlehnte Regel der älteren Juristen,[37] daß vom Commissar an den Committenten appellirt werde. Auf die landesherrlichen Commissionen kann dieselbe überhaupt keine Anwendung finden, weil der Landesherr seine Juris-

---

29) Vis. A. von 1713 §. 86.

30) Arg. c. 32, 37, 40 X. h. t. (1, 29), c. 22 X. de rescript. (1, 3), c. 5 X. de sent. et re jud. (2, 27).

31) Arg. c. 5 X. h. t. (1, 29) und dazu c. 4 §. 1, c. 11, 28 pr. X. eod.

32) Arg. c. 1, 2 X. de mutuis petit. (2, 4), c. 7, 21 §. 2, 3, c. 26, 28 §. 3 X. h. t. (1, 29), c. 9 X. de I. I. R. (1, 41). Ueber die Widerklage insbesondere vgl. Glück a. a. O. III. S. 178, und über die Execution J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 37, 38.

33) Arg. c. 13 X. h. t. (1, 29), abgesehen von ausdrücklichen Anordnungen, zu denen jedoch ein committirendes Gericht wohl nicht befugt erachtet werden kann.

34) In wie weit die neuere Theorie hierüber einig ist, wird sich in den Noten 38—40 zeigen. Vgl. im Allgemeinen Gönner: Handbuch IV. S. 89.

35) Noch das just. Recht unterscheidet zwischen mandata jurisdictio (s. Note 56) und judicis datio; dort wird von der Entscheidung des Mandatars an den dem Mandanten übergeordneten Richter — l. 1 § 1 D. quis a quo app. (49, 3) —, hier von dem judex datus an den Magistrat appellirt — l. 1 pr., l. 3 D. eod. —. Die l. un. C. qui pro sua jurisd. (3, 4) erklärt sich aus l. 5 C. de jud. (3, 1), und die nov. 23 c. 4 in f. steht nicht entgegen.

36) Die in einer Reihe von Entscheidungen vorausgesetzte Regel des Textes findet ihre ausdrückliche Bestätigung in einer Ausnahme, welche für den Fall gemacht wird, daß der Delegat die ganze ihm aufgetragene Sache (nicht bloß einzelne Theile) subdelegirt hat, indem hier nicht an den Delegaten, sondern an den Deleganten appellirt werden soll. Cf. c. 18, 27 §. 2 X. h. t. (1, 29), c. 3, 7, 10 in VI. eod. (1, 14) und dazu J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 45, Eichhorn a. a. O. (Note 2) II. S. 176.

37) Vgl. Gaill: Obs. I. 121 nr. 1 (wo sich auch Verweisungen auf die ital. Doctrin finden), Mevius: Decis. I. 250 nr. 13, II. 11 nr. 1, Carpzov: Proc. jur. XVIII. 1 nr. 52, 53, Berger: Oeconomia juris IV. 3 §. 1 n. 10, Hofmann a. a. O. I. §. 1012.

diction nicht selbst ausübt,[38] und auf die gerichtsseitig ernannten paßt sie wenigstens dann nicht mehr, wenn dieselben mit der Vornahme einzelner Acte beauftragt sind (einerlei ob es bloß auf Vollziehung bereits verfügter Handlungen, oder zugleich auf selbständige in der Sache zu treffende Verfügungen ankommt), sofern nicht etwa nur gegen die Anwendung und Auslegung des Commissorium Beschwerde geführt wird,[39] oder der Committent sich die Appellation ausdrücklich vorbehalten hat.[40] Die Geltung der früherhin gangbaren Regel beschränkt sich also auf den einen Fall, wo der Oberrichter eine ganze Sache, welche ordentlicher Weise vor ein Untergericht gehört haben würde, aus einem der gesetzlichen Gründe aber an ihn devolvirt ist (Note 15), zu commissarischer Verhandlung gewiesen hat, da hier auch nach dem neueren Princip von dem einem Untergericht substituirten Commissar an den Committenten als seinen Oberrichter appellirt wird.[41]

---

38) Vgl. Mevius: Decis. I. 250, Ludolff: Obs. forens. 100, Kreittmayr a. a. O. ad XV. 4. g., Claproth a. a. O. I. §. 63, Glück III. S. 180, Gönner: Handbuch IV. S. 89, Biener: Syst. proc. jud. II. §. 193, Heffter: System §. 79, Francke: Der gem. deutsche und schleswig-holsteinsche C. Pr. I. 31, Schmid: Handbuch I. §. 35 (S. 66).

39) Diese Beschwerde, welche die Natur der Appellation nicht hat, und da, wo der Commissar bloß Vollstrecker bereits getroffener Verfügungen ist, als allein zulässig erscheint, heben Mevius l. c. I. 250 not. 3 sequ., Kreittmayr a. a. O. ad XV. 4. g. hervor.

40) Daß solche Vorbehalte in der Praxis vorkommen, ersieht man aus Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 466, Francke a. a. O. I. S. 72. Darüber aber, ob in Ermangelung derselben und abgesehen vom Fall der Note 39, von dem Commissar, welchem einzelne Acte nebst den dazu erforderlichen sachlichen Verfügungen überlassen sind, an den Committenten appellirt werden könne, oder nicht, hat sich auf Grund des neueren Princips ein Consensus unter den heutigen Juristen noch nicht gebildet. Für die Bejahung der Frage sprechen sich aus Biener: Syst. proc. jud. II. §. 193, Malblanc l. c. §. 80 in f., Heffter: System §. 79 a. E., Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 289; für die im Text angenommene Verneinung dagegen Kreittmayr a. a. O. ad XV. 4 g. (nach dem Cod. juris Bavar. jud. XV. 4), Mühlenbruch: Entwurf §. 84. 4, Francke a. a. O. §. 31 (unter III.), 32. — Daß der R. H. Rath, gleich dem Könige in früherer Zeit — vgl. Franklin a. a. O. II. S. 58 Note 6 —, im vorliegenden Fall die Appellation von seinen Commissionen annahm, bezeugt J. J. Moser: Einleitung I. S. 568 fg., jedoch mit dem Bemerken, daß „dergleichen Hof-Commissiones keine eigene und separirte Instanz ausmachten," und daher die vor ihnen verhandelten Sachen als schon an dem R. H. Rath anhängig auf dem Wege der Appellation nicht mehr an das R. K. G. gebracht werden könnten.

41) Vgl. Kreittmayr a. a. O. ad XV. 4 g., Biener l. c. II. §. 193, Mühlenbruch a. a. O. §. 84, Francke a. a. O. I. §. 31 (unter III.), Heffter §. 79. — Wie es sich verhalte, wenn der Committent nicht das ordentliche oder nicht das ausschließliche Appellationsgericht ist, wird in verschiedener Weise beantwortet; Manche halten den Committenten für competent, z. B. Kind: Quaest. for. 2. ed. III. p. 357, Martin: Lehrbuch §. 301 N. b, Heffter

— Die durch die Commission verursachten Kosten haben nichts Eigenthümliches. Während sie von derjenigen Partei, welche die Commission allein beantragte, allein, und im Fall eines gemeinschaftlichen Antrags oder einer ex officio erfolgten Delegation von beiden Parteien gemeinschaftlich vorzuschießen sind, wird über ihren Ersatz von besonderen Umständen abgesehen in keiner anderen Weise wie über den der übrigen Proceßkosten, also regelmäßig im Endurtheil und zum Nachtheil des unterliegenden Theils erkannt.[42] Für alle übrigen Puncte endlich, in Sonderheit für die Concurrenz mehrerer Commissare[43] und die Beendigung der Commissionen,[44] ist die Analogie des Mandats entscheidend, und da diese

---

a. a. O. —, Andere sehen den gewöhnlichen Instanzenzug als bestimmend an, z. B. Mevius: Decis. I. 251, Cramer: Wetzlar. Nebenstunden IX. S. 50, Biener l. c., Mühlenbruch a. a. O., und diese Ansicht ist ohne Zweifel die den heutigen Grundsätzen entsprechendere.

42) Vgl. Mevius: Decis. V. 400, J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 17, J. J. Moser: Einleitung I. 2. Cap. 7 (besonders ausführlich), Hofmann a. a. O. II. §. 1200 a. E., Glück III. S. 172, Malblanc l. c. §. 81.

43) Das C. R. unterscheidet zwischen der alternativen („ut omnes, aut duo, aut unus mandatum exsequantur" — „sammt oder sonders") und der copulativen Delegation Mehrerer („sammt und sonders," oder ohne bestimmte Clausel). Im ersten Fall wird für den Einzelnen, so lange er die Sache betreiben kann und betreibt, die Competenz durch Prävention bestimmt — c. 8 in VI. h. t. (1, 14) —, im zweiten kann nur gemeinsam von allen Einzelnen gehandelt werden (vorbehaltlich jedoch der etwaigen Subdelegationsbefugniß) — c. 6, 16, 22, 42 X. eod. (1, 29) —, sofern nicht für den Fall, daß ein Einzelner nicht mitwirken könnte oder wollte, ausdrücklich den Uebrigen die Ausführung des Geschäfts überlassen ist („quodsi non omnes interesse velint aut possint, reliqui in negotio procedant") — c. 21, 23, 30 X. eod., c. 13 X. de rescript. (1, 3) —. Vgl. Stryk: De clausulis commissionum, Hal. 1705, J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 23—32, Claproth a. a. O. I. §. 57, Glück a. a. O. III. §. 200.

44) Das Commissorium erlischt demnach, abgesehen von der Recusation — c. 17 X. h. t. (1, 29) vgl. mit c. 4 in VI. eod. (1, 14) —, der Beendigung des aufgetragenen Geschäfts — c. 9 X. eod. — und dem Ablauf der vorgeschriebenen Frist (falls dieselbe nicht durch den Consens der Parteien verlängert wird) — c. 4 X. eod. —, 1. durch den Widerruf und Tod des Committenten, sofern der eine oder andere, wo es sich um die Ueberweisung einer ganzen Sache handelt, vor eingetretener Litispendenz erfolgt — c. 19, 20 [welches das c. 19 im Sinn des c. 2 Clem. ut lite pendente (2, 5) modificirt], c. 28 §. 2, c. 30, 37 X. h. t., c. 6, 7 in VI. eod. —, 2. durch die Aufkündigung (vorausgesetzt, daß sie nicht durch eine amtliche Verpflichtung ausgeschlossen ist — c. 21 §. 1 X. eod., wogegen ältere Juristen, z. B. Rulant l. c. I. 2 c. 15, Mevius l. c. V. 399, J. H. Boehmer l. c. I. 29 §. 34, jedenfalls im Widerspruch mit dem neueren Staatsrecht, die Aufkündigung überhaupt nur ex justa causa zulassen) und durch den Tod des Commissarius, sowie, wenn dieser ein richterlicher Beamter ist, durch seine Versetzung und eine organische Veränderung des Gerichts, dem er als Einzelrichter vorstand — c. 14, 42 X. eod. und dazu Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 468 —.

auch vom C. R. bei Ausbildung der Delegation benutzt worden ist, so pflegt man sich wohl auf dasselbe zu beziehen.

2. Wenn anderer Seits die Befugniß zur Ausübung der Gerichtsbarkeit den Character eines privaten Rechts hat,[45] verhält sie sich zur landesherrlichen Gerichtsbarkeit, wie das dominium utile zum dominium directum. Sie kommt in dieser Form, der Regel nach auf die niedere Gerichtsbarkeit beschränkt,[46] als Gerechtsame der Städte (jurisdictio municipalis) und der Gutsherrn[47] (jurisdictio patrimonialis) vor, und ist namentlich durch den Art. 14 der Bundesacte dem ehemaligen Reichsadel, so wie den im J. 1806 und seitdem mittelbar gewordenen Reichsständen und Reichsangehörigen, diesen sogar, wo die Besitzung groß genug, in zweiter Instanz garantirt. Ihrer privatrechtlichen Einkleidung ungeachtet aber ist sie dem System der öffentlichen Gerichtsverfassung untergeordnet, und demzufolge einestheils durch die landesherrliche Justizhoheit, in welcher die Gesetzgebung über das Proceßrecht und die Oberaufsicht liegt,[48] anderntheils durch die höhere Gerichtsbarkeit des Landesherrn und den darauf gegründeten Instanzenzug beschränkt. Auch ist das Recht des Gerichtsherrn unzertrennlich mit den entsprechenden Pflichten verbunden; so wenig die Gerichtsbarkeit ihm entzogen werden kann, so wenig kann er sich ihr ent-

---

45) Die Litteratur beschäftigt sich vorzugsweise mit der Patrimonial-Gerichtsbarkeit. Es gehören hierher: Barth: De jurisdictione, quam personae illustres et nobiles per officiales exercere solent, Lips. 1698, 1747, Oppel: De jurisd. patrimoniali, Vitemb. 1711, Heineccius: De origine atque indole jurisd. patrimon. Hal. 1716 (Opusc. var. exerc. VI. p. 238 sequ.), Mylius: Diss. de privatione jurisdictionis ob ejus abusum, Lips. 1775, Holler: Gesch. und Würdigung der deutschen Patr.-Gerichtsbarkeit mit bes. Rücksicht auf Baiern, Landsh. 1804, Bamb. 1809, B. W. Pfeiffer: Ueber die Grenzen der Civil-Patr.-Gerichtsbarkeit, Gött. 1806, Wachsmuth: Versuch einer Darstellung der Patr.-Gerichtsverfassung der Rittergüter nach gem. und sächs. Recht, Leipz. 1809, Naumann: Die Patr.-Gerichtsb. im Lichte unserer Zeit, Leipz. 1835, Hesse: Ansichten über die Patr.-Gerichtsb. Altenb. 1842, Zachariä: Deutsches Staats- und Bundesrecht II. §. 178.

46) Ausnahmen kommen besonders bei Städten vor, z. B. noch jetzt bei Rostock und Wismar. Dann aber auch auf Grund der deutschen B. A. Art. 14.

47) Seltner steht sie den Familien als solchen zu (§. 33 N. 273), und ist auch dann meist mit einem privatrechtlichen Verhältniß zum Grund und Boden des Gerichtsbezirks verbunden.

48) Nicht aber die Befugniß, durch Commissionen einzugreifen, außer ex magna causa. Vgl. Carpzov: Decis. III. 221 nr. 10 sequ., J. H. Boehmer: Consult. et decis. II. 1 c. 36 nr. 5 sequ., III. 2 c. 16 nr. 3, Leyser: Medit. I. sp. 27. 4, 5, Hofmann: Teutsche Reichspraxis II. §. 1201 (wo sich in Note o. auch particularrechtliche Nachweisungen finden), Glück: Commentar III. S. 172.

ziehen. Ihm fallen daher wie die fructus jurisdictionis, so auch die pecuniären Lasten derselben zu, und er muß Sorge tragen, daß sie ihrem Zweck entsprechend gehandhabt werde.[49] In den Städten pflegt dieserhalb durch die städtische Verfassung unter Autorisation der Landesherrschaft das Erforderliche vorgesehen zu sein. Die mit der Gerichtsbarkeit bewidmeten Gutsherrn dagegen dürfen sich persönlich mit der Rechtspflege jedenfalls nur dann befassen, wenn sie den durch die Landesgesetze für die Verwaltung des Richteramts gestellten Anforderungen genügen; sie sind aber nicht nur überall berechtigt, sondern nach manchen Particularrechten sogar verpflichtet, einen qualificirten Beamten, justitiarius, mit Genehmigung des Landesherrn an ihrer Statt zu ernennen.[50]

Dieser Beamte steht im Wesentlichen dem städtischen Gerichtsbeamten gleich. Beide haben dieselben allgemeinen Pflichten, wie die landesherrlichen Richter,[51] werden aber von der Gerichtsherrschaft nicht bloß zur Anstellung präsentirt,[52] sondern wirklich angestellt, und sind somit deren Beamte.[53] Dem entspricht es, daß sie der unmittelbaren Aufsicht der Gerichtsherrschaft,[54] jedoch der landesherrlichen Oberaufsicht unterworfen sind, und daß sie zwar

---

49) Das Vorstehende findet seine Begründung in den geschichtlichen Bemerkungen des §. 33 Note 273 fg., welche ergeben, daß die Patrimonialgerichte an die Stelle landesherrlicher Gerichte traten, und deshalb den allgemeinen Principien der Gerichtsverfassung untergeordnet blieben. Vgl. auch Zachariä a. a. O. II. §. 178 (unter III).

50) Die P. H. G. O. Art. 2, welche übrigens die Schöffenverfassung vor Augen hat, setzt noch die Selbstausübung voraus, und schreibt die Bestellung einer anderen tauglichen Person („mit wissen und zulassen desselben Oberrichters") nur in dem Fall vor, wo die Gerichtsherrn aus Schwachheit oder Gebrechlichkeit ihres Leibes, Vernunft, Jugend, Alter oder anderer Ungeschicklichkeit halber das Gericht nicht besitzen oder verwesen mögen. Jo. Sam. Fr. de Boehmer: Medit. in C. C. C. ad h. art. §. 1 weist aber bereits eine allgemeine Gewohnheit nach, der zufolge die Gerichtsherrn ohne jeden Grund einen Justitiar bestellen, und die Gerichtsbarkeit nicht mehr selbst ausüben. — Ueber die Particulargesetzgebung und das neuere Recht vgl. Zachariä a. a. O. II. §. 178 Note 11.

51) Vgl. Klüber: Oeffentl. Recht §. 369 Note a, Mittermaier: Der gem. deutsche bürg. Proceß II. S. 36.

52) Wie in den Herzogthümern Holstein und Schleswig nach der Verordnung vom 19. Juli 1805. Vgl. Francke: Der gem. deutsche und schleswig-holsteinische C. Pr. §. 33 Note 6.

53) Zachariä a. a. O. II. §. 178 Note 12. A. M. Linde: Lehrbuch §. 72 Note 12.

54) A. M. Pfeiffer a. a. O. (Note 45) S. 204, 205, vgl. aber Zachariä II. §. 178 Note 9, der übrigens mit Recht darauf hinweist, daß die Haftungspflicht des Gerichtsherrn nicht schlechthin von dem eignen Verschulden bei Anstellung und Beaufsichtigung des Justitiars abhängig sei. Vgl. auch II. §. 140 (unter I. B.).

mittelbar im Namen des Landesherrn fungiren, gegenüber den Gerichtsunterthanen aber zunächst als Vertreter der Gerichtsherrschaft in Betracht kommen, für welche sie gegen eine ihnen zugesicherte Besoldung die aus dem Recht der Gerichtsbarkeit entspringenden öffentlichen Pflichten im vollen Umfang auszuüben haben. Sie bekleiden also ein öffentliches Amt, und haben die Rechte öffentlicher Beamten, können nicht willkührlich entlassen werden, und verlieren in der Stellung von Justitiaren insbesondere ihr Amt weder mit dem Tode des Gutsherrn, noch in Folge der Veräußerung des Gutes, auf welchem die Gerichtsbarkeit haftet.[55] Insbesondere aber sind die Justitiare in der Ausübung des Richteramtes von jeder positiven Einwirkung der Gutsherrschaft unabhängig, der es übrigens unbenommen ist, sich solche Geschäfte zu reserviren, welche, wie die Aufbewahrung des Archivs und der gerichtlichen Depositen, obschon mit der Gerichtsbarkeit zusammenhängend, doch keine eigentlich richterlichen Geschäfte sind.

Zur vollständigen Handhabung der Jurisdiction gehören nun außer dem Richter noch andere Personen, und eine jede Behörde, welche mit der Ausübung der Jurisdiction, sei es vom Landesherrn oder von einem Gerichtsherrn, beauftragt worden ist, wird Gericht, forum, so wie die ihr zukommende Gerichtsbarkeit jurisdictio officialis genannt. Die Gerichte aber dürfen ihre Jurisdiction, an der sie ein eigenes Recht nicht haben, nicht selbst wieder für längere oder kürzere Zeit oder in einzelnen Geschäftszweigen an Andere mandiren (jurisdictio mandata), wie es früherhin das R. R. gestattete.[56] Vielmehr muß die Aushülfe, welche durch Geschäftsüberhäufungen oder vorübergehende Verhinderungen der

55) Vgl. Zachariä a. a. O. II. §. 178 Note 14, 15, wo sich auch Nachweisungen über die Litteratur dieses bestrittenen Punctes finden.

56) Die einschlagenden Titel s. oben in Note 1, und über die Sache vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. S. 100 fg., III. S. 182, welcher nachzuweisen sucht, daß die jurisdictio mandata, hervorgegangen aus der souveränen Unabhängigkeit der republicanischen Magistrate, in Justinian's Compilation wohl nur noch auf das Verhältniß der Legaten zum Proconsul bezogen werden könne, das übrigens als ein ständiges schon früher manche Eigenthümlichkeit angenommen hatte. S. auch Mommsen: Röm. Staatsrecht I. S. 184 fg., 190 fg. Ueber die Unanwendbarkeit der römischen Grundsätze in den deutschen Gerichten aber vgl. im Allgemeinen die in Note 3 citirten Schriftsteller. Wenn nichts desto weniger die jurisdictio mandata auch von deutschen Juristen häufig als ein geltendes Institut ist hingestellt worden, so hat man dabei doch nur die Bestellung eines Justitiars seitens des Gerichtsherrn vor Augen gehabt. S. Note 50. A. M. Kämpfe a. a. O. S. 244 Note 8, S. 248, der die oben S. 410 erwähnten Kommissionen nicht richtig auffaßt.

Gerichtspersonen nothwendig wird, von den Trägern der Gerichtsbarkeit ausgehen.[57] Selbst die oben erwähnte Befugniß der Obergerichte, einzelne Sachen oder Geschäfte an Fremde zu committiren, läßt sich als Ausfluß ihres richterlichen Amts nicht ansehen. Dagegen dürfen allerdings Richtercollegien, hohe und niedere, da sie sich als Einheiten doch nur in der Beschlußfassung zu bekunden vermögen, zu Wahrnehmungen, die sie zu machen haben, und zur Vollziehung von Beschlüssen eines ihrer Mitglieder deputiren, statt diese Geschäfte durch alle Mitglieder vornehmen zu lassen.[58] Es handelt sich dabei nicht um die Uebertragung richterlicher Befugnisse, sondern lediglich um den inneren Geschäftsbetrieb, wie sich am klarsten an dem Unterschiede zeigt, welcher zwischen der Deputation und der an ein Gerichtsmitglied ertheilten Commission besteht. Der Commissar schreitet, so weit sein Auftrag reicht, selbständig vor, der Deputatus handelt als Gerichtsmitglied und bleibt der Direction des Gerichtsvorstandes untergeordnet. Deputationen aber für die Instruction und Entscheidung von Rechtssachen zu bestellen, ist kein Richtercollegium ohne höhere Autorisation befugt,[59] und mit dieser bestellt bilden sie Abtheilungen oder Senate desselben.

Von der inneren Organisation der Gerichte.

§. 36.

Es ist bereits bemerkt worden, daß jedes Gericht aus mehreren Personen besteht. Unter diesen ist die vornehmste, weil mit der Ausübung der Gerichtsbarkeit selbst betraut, der Richter, oder das aus mehreren Richtern bestehende Richtercollegium. Daneben steht der Gerichtsschreiber (actuarius), welcher den selbständigen, aber nichts desto weniger der richterlichen Thätig-

57) Diese Stellvertreter kennt als vices Magistratuum agentes in gleicher Weise auch schon das spätere R. R. Vgl. tit. C. de officio ejus qui vicem alicujus judicis vel Praesidis obtinet (1,50) und Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 112, III. S. 183.

58) Solche Deputationen kamen auch beim R. K. Gericht vor — K. G. O. von 1555 III. 11, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 9 —, sogar mit dem Recht, „auf geringere Rechtssätze Bescheid zu geben," wovon jedoch nach Ludolff: Corp. jur. cam. in annot. 2 ad Conc. III. 9 pr. kein Gebrauch gemacht wurde. Nicht mit denselben zu verwechseln sind die ständigen Deputationen, welche vom Kammer-Richter zu gewissen Verwaltungsgeschäften angeordnet wurden. Vgl. Pütter: Nova epit. §. 423—425.

59) Auch anerkannt durch das Bundesgesetz vom 12. Juni 1869 (betr. die Errichtung eines obersten Gerichtshofs für Handelssachen), welches in §. 8 die fragliche Auctorisation für das B. O. H. Gericht dem Bundesrathe zuweist.

keit untergeordneten Beruf hat, die gerichtlichen Vorgänge urkundlich zu machen; und unter dem Richter, verpflichtet dessen Befehle zu vollziehen, der Gerichtsdiener.

I. Während das Richteramt in Deutschland vor Einführung der fremden Rechte von einem „Richter" als dem eigentlichen Träger der Gerichtsbarkeit unter Assistenz einer Mehrheit von Schöffen oder des Umstands gehandhabt wurde, hat seitdem der Einfluß der gelehrten Bildung bewirkt, daß dasselbe ungetheilt in unterster Instanz gewöhnlich von Einzelrichtern, in den oberen Instanzen ausnahmlos von Richtercollegien verwaltet wird.[1] Der Einzelrichter concentrirt in seiner Hand die gesammte richterliche Thätigkeit, und stellt sich somit den Gerichtsunterthanen als die concrete Personification des Gesetzes, gleichsam „ein lebendiges und redendes Recht" dar. Er ist deshalb vorzüglich geeignet, dem Gesetz durch stets präsentes Eingreifen rasche und sichere Geltung zu verschaffen, Zerwürfnisse unter den Gerichtsunterthanen im Keime zu ersticken, und in Fragen des Ermessens auf Grund seiner unmittelbaren Kenntniß der Verhältnisse die angemessenste Entscheidung zu finden. In den Richtercollegien wird die Gerichtsbarkeit von Mehreren gemeinschaftlich ausgeübt. Unter diesen nimmt Einer, der Dirigent, ohne von den Functionen der Uebrigen ausgeschlossen zu sein, insoweit die Stellung des alten Richters ein, als er die Geschäfte zu leiten, d. h. dafür zu sorgen hat, daß sich die Thätigkeit der Einzelnen zu einer einheitlichen Action zusammenfasse; in allen anderen Beziehungen stehen sich die Mitglieder gleich. Als Einheit aber erscheinen die Richtercollegien in ihren durch die übereinstimmenden Vota der Mehrheit gebildeten Beschlüssen, also überall da, wo Verfügungen zu treffen sind, wogegen Wahrnehmungen nur durch die Einzelnen gemacht, und die zum Zweck der Vollziehung von Beschlüssen erforderlichen Handlungen, z. B. Publicationen, Zeugenverhöre, nur durch die Einzelnen vorgenommen werden können. Daß eine solche Geschäftsbehandlung zu complicirt und schwerfällig ist, um in allen Fällen den Bedürfnissen einer ersten Instanz zu genügen, liegt auf der Hand;[2] für die Rechtsmittelinstanzen aber und für die wich-

1) Vgl. §. 33 Note 268, 269 und 278—280.

2) Ueber jene Frage, ob sich nicht auch in unterster Instanz die Einführung von Richtercollegien empfehle, ist in der letzten Zeit viel geschrieben worden. Vgl. Feuerbach: Betrachtungen über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit I. S. 345, von der Nahmer im Arch. für civ. Pr. X. 3, Puchta: Der Dienst

tigeren Sachen empfiehlt sie sich dadurch, daß sich die Rechtsanwendung im Kampf der Meinungen, welcher der Abstimmung vorausgeht, von den unberechtigten Einflüssen des Persönlichen und Individuellen zu befreien pflegt. Entsprechende Vorbilder haben die Richtercollegien weder im römischen,[3] noch im canonischen Recht,[4] und deshalb können über die Geschäftsleitung, über die beschlußfähige Zahl der Mitglieder, über das Verfahren bei relativen Majoritäten und Stimmengleichheit nur die Observanzen und Instructionen der einzelnen Gerichte entscheiden.[5]

der deutschen Justizämter I. S. 205, Heffter im Arch. für civ. Pr. XIII. 3, Mittermaier ebendas. XIV. 16, XVIII. 6, XXVII. 11, XXXIII. 11, Gerau ebendas. XXXII. 9, Sartorius: Deutschland's Rechtspflege durch Collegialgerichte, Würzb. 1832, Zacke: Ueber Beschlußfassung in Versammlungen und Collegien, insbesondere über die Abstimmung in Richtercollegien, Leipz. 1867 §. 6, Roos in den Verhandl. des 9. deutschen Juristentages II. 9.

3) Hiermit soll nicht gesagt sein, daß das R. R. nur Einzelrichter gekannt habe. Von der älteren Zeit zu schweigen (centumviri, decemviri, recuperatores) finden sich in Justinian's Compilation nicht nur Beispiele einer Mehrheit von Richtern — l. 12 (rest.), 16, 18 C. de jud. (3, 1), l. 5 pr. (rest.) C. de fruct. et lit. exp. (7, 51), l. 35 (rest.) C. de appell. (7, 62), nov. 13 c. 2 —, sondern auch Bestimmungen über ihr Verfahren — l. 18 D. de recept. (4, 8), l. 12 pr. D. de jud. (5, 1), l. 76 D. eod., l. 24 pr. D. de manum. (40, 1), l. 36—39. D. de re jud. (42, 1) —, allein diese sind von der allgemeinsten Art, und jene sehr vereinzelt. In den Einzelrichtern liegt, wie Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. S. 136 Note 1 richtig bemerkt, das Characteristische der römischen Gerichtsverfassung; selbst die Assessoren der Provincial-Statthalter sind nicht als Collegien, sondern als einzelne Rechtsconsulenten zu denken, und daß die Magistrate und Defensoren der Municipien in der späteren Zeit die Rechtssachen an der Spitze der Curien, also gewissermaßen collegialisch behandelt hätten, wie Savigny: Gesch. des R. R. im M. A. I. S. 105 annimmt, ist wenigstens unerweislich. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. §. 76, III. §. 138, 141.

4) Denn auch die kirchliche Gerichtsbarkeit wurde von Einzelnen ausgeübt, wie es nach den Grundlagen derselben nicht anders sein konnte — c. 3. X. de consuet. (1, 4) —. Zwar pflegten Beisitzer zugezogen zu werden — cf. c. 1—7, bes. c. 6 C. 15 qu. 7, Durantis: Spec. jud. l. 1 de assess. und die Beispiele bei Kopp: Nachrichten I. §. 98, 128 —, jedoch nur zum Zweck der Berathung und folglich ohne collegiale Form. Vgl. Eichhorn: Grundsätze des K. R. I. S. 627, 637. Und wenn mitunter mehrere Delegirte zu gemeinschaftlichem Handeln bestellt wurden, so konnten doch die rücksichtlich derselben geltenden Regeln für ordentliche Gerichte keinen Maaßstab abgeben.

5) Ueber Fragestellung und Abstimmung vgl. besonders Zacke a. a. O. (Note 2) §. 8 fg. Unzulässig ist es, die Bestimmungen des R. R. über die Curien der Municipien, so weit sie die oben berührten Fragen betreffen, ohne Weiteres auf die Richtercollegien anzuwenden. Nicht einmal die von den Reichsgerichten beobachteten Normen haben gemeinrechtliche Geltung. Am wenigsten aber ist es den Rechtsgelehrten gelungen, übereinstimmende Resultate zu erzielen, da selbst die gründlicheren Versuche, wie zuletzt der von Heffter im Arch. für civ. Pr. XIII. S. 66 fg., um überhaupt Resultate zu gewinnen, der Gefahr nicht entgangen sind, auf unhaltbare Voraussetzungen zu bauen. — Der Geschäftsgang beim Reichs-Oberhandelsgericht ist geordnet durch das Regulativ vom 11. Mai 1871 und den Nachtrag dazu vom 7. Dec. 1871 (abgedruckt in den Entscheidungen des R. O. H. G. II. S. 7 fg., IV. S. 447 fg.).

Abgesehen aber von den besonderen Verhältnissen des Commissarius, ist das Richteramt heut zu Tage nicht wie das officium judicis im vorjustinianischen Recht und gewissermaßen die Function der Schöffen in der alt-deutschen Gerichtsverfassung ein für einzelne Verhandlungen besonders ergangener Beruf, sondern ein dauernd verliehenes Amt. Wenn daher die für dasselbe erforderlichen Eigenschaften erörtert werden sollen, so ist zwischen den bei der Anstellung und Entlassung des Richters in Betracht kommenden Erfordernissen, die den Character staatsrechtlicher Garantien haben, und denjenigen zu unterscheiden, welche sich so unmittelbar aus dem Wesen des richterlichen Amtes ergeben, daß sie in jedem Verfahren von den Parteien selbst in Frage gestellt werden können. Zu jenen gehört das männliche Geschlecht,[6] das etwa particularrechtlich vorgeschriebene Alter,[7] die erforderliche Rechtskenntniß,[8] die bürgerliche Ehre,[9] dagegen nicht

---

6) Dies wird im R. R. — l. 12 §. 2 D. de jud. (5, 1), l. 2 pr. D. de R. J. (50, 17) — ausdrücklich ausgesprochen. Das c. 4 X. de arbitris (1, 43) — vgl. Ficker: Forschungen zur Reichs- und Rechtsgesch. Italiens I. §. 180 — dagegen bemerkt, daß in einigen Theilen Frankreichs auch Frauen die ordentliche Gerichtsbarkeit über ihre Unterthanen hätten, und knüpft daran die Bestimmung, daß dieselben gültig auch zu Schiedsrichtern sollten ernannt werden können. Die älteren deutschen Rechtsquellen enthalten Nichts über diese Frage; allein so gewiß es auch in Deutschland vorkam, daß Frauen (z. B. Aebtissinnen) die Gerichtsbarkeit hatten, so gewiß mußten sie dieselbe durch Stellvertreter ausüben, da sie auch nicht Vorsprecher sein konnten. Vgl. sächs. Ldr. II. 63 §. 1, Richtst. Landr. (ed. Homeyer) c. 2 §. 4, Dsp. c. 181, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 203.

7) Von den impuberes wird unten die Rede sein; hier kommen die pnberes in Betracht. Für diese aber sind die Bestimmungen der fremden Rechte nicht entscheidend. Nach R. R. soll in Betreff der Magistrate Alles vom Ermessen des Princeps abhängen, und ein judex (delegatus) gültig urtheilen können, wenn er nicht jünger als 18 Jahre (pubertas plena — vgl. Puchta: Cursus der Inst. II. §. 154 s.) ist, oder im umgekehrten Fall die Parteien zu seiner Ernennung consentirt haben — l. 57 D. de re jud. 42, 1) —; Niemand unter 20 Jahren aber soll, wie schon eine lex Julia verordnet hatte, zur Uebernahme des officii judicis gezwungen werden — l. 41 D. de recept. (4, 8), Suetonii Octav. c. 32 (und dazu Cujacius: Observ. XXI. 32) —. Das C. R. sieht hiernach für die delegati das 20ste Jahr als erforderlich an, falls nicht ein wenigstens Achtzehnjähriger mit Zustimmung der Parteien oder vom Princeps delegirt wird. Das schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 71 §. 2 verlangt ein Alter von 21 Jahren.

8) Vgl. nov. 82 pr., Dep. A. von 1600 §. 15, J. R. A. §. 108 (vgl. §. 34 Note 10) und über die Besetzung der Reichsgerichte §. 33 Note 195, 196, 224. — Wohl überall bestehen hierüber particularrechtliche Vorschriften. Die für das R. O. H. Gericht geltenden Normen enthält das B. G. vom 12. Juni 1869 (betr. die Errichtung eines obersten Gerichtshofs für Handelssachen) §. 6.

9) Nach l. 2 D. de senat. (1, 9), l. 12 §. 2 D. de jud. (5, 1) ist „qui senatu motus est“ des Richteramts unfähig, also um so viel mehr der Infame. Vgl. auch l. 2 C. de dignit. (12, 1). Nach altem fränkischen Recht können die zu

mehr die Angehörigkeit an eine der drei christlichen Confessionen.[10] Ist Jemand mit Beiseitsetzung dieser Erfordernisse zum Richter ernannt worden, so ist er nichts desto weniger Richter, seine Urtheile sind weder nichtig [10a] noch anfechtbar, selbst wenn er von einem oberen Gericht zum Commissar für eine einzelne Sache bestellt sein sollte, obschon er in diesem Fall zufolge des nachgesuchten Einschreitens der dem Committenten vorgesetzten Behörde auf disciplinarischem Wege entfernt werden kann. Die wesentlichen Erfordernisse dagegen bestehen

a. in der Fähigkeit der Wahrnehmung und des Urtheils, ohne welche keine richterliche Thätigkeit denkbar ist, weshalb Wahnsinnige, impuberes, Taube und Stumme, und doch auch wohl Blinde überall nicht Richter sein können,[11] sodann

---

peinlicher Strafe Verurtheilten, die unehelich geborenen und die ein unehrliches Gewerbe treibenden Personen (criminosi, viles et infames personae), also die Rechtlosen nicht Urtheiler sein — vgl. Sohm: Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverf. I. S. 354, 376 —; wesentlich ebenso das sächs. Ldr. II. 12 §. 3, III. 65 §. 1, 70 §. 1, welches (I. 38 §. 1, 2) als rechtlos Kämpfer und deren Kinder, Spielleute, unehelich Geborene, Räuber und Diebe, die zu einer an den Leib oder an Haut und Haar gehenden Strafe Verurtheilten, so wie die in die Oberacht Verfallenen ansieht — vgl. Budde: Ueber Rechtlosigkeit §. 4, 7, 8, 10 —. Auf demselben Gesichtspunct beruht es, daß das schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 71 §. 2 Geächtete, Gebannte, Meineidige, unehelich Geborene vom Richteramt ausschließt. Und spätere Rechtsquellen — vgl. Budde S. 122 — übertragen dies selbst auf mißachtete Personen. Heut zu Tage ist das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich §. 31—36 maaßgebend.

10) Das ältere deutsche Recht characterisirt das schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 71 §. 2, indem es Ketzer, Juden und Heiden vom Richteramt ausschließt. Vgl. auch auth. Frid. II. ad c. 4 C. de haeret. (1, 5). Hieran änderte sich in Folge der Reformation zunächst nur so viel, daß in den protestantischen Ländern der Begriff der Rechtgläubigkeit, und folglich auch der der Ketzerei eine Umwandlung erlitt. Dann aber wurde durch R. A. von 1544 §. 92, Passauer Vertr. von 1552 §. 10—12, R. A. von 1555 §. 104, 106, K. G. O. von 1555 I. 50 §. 4, I. P. O. V. 53, 54, 55, J. R. A. §. 23, W. A. von 1713 §. 7, 24 in Beziehung auf das Reich, insbesondere die Reichsjustiz und die Besetzung der Reichsgerichte den Bekennern der Conf. August. gleiches Recht mit den Katholiken eingeräumt; und weiterhin durch die B. A. vom 8. Juni 1815 Art. 16 auch innerhalb der Länder und Gebiete des deutschen Bundes „der Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien" jeder Einfluß auf den Genuß der politischen Rechte und somit auf die Fähigkeit zum Richteramt entzogen. Erst das Bundesgesetz vom 3. Juli 1869 (betr. die Gleichberechtigung der Confessionen) hat alle aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte aufgehoben.

10a) Vgl. Vantius: Tr. de nullitatibus XIV. nr. 41.

11) L. 12 §. 2 D. de jud. (5, 1), l. 2 §. 1 D. de R. J. (50, 17). So auch das schwäb. Ldr. c. 71 §. 2, welches (namentlich dem heutigen schriftlichen Proceß entsprechend) auch die Blinden ausschließt, während dieselben vom R. R. — l. 1 §. 5 D. de post. (3, 1), l. 6 D. de jud. — zugelassen werden. In l. 39 pr., l. 46 D. eod. ist offenbar an vorübergehenden Wahnsinn gedacht; nicht

b. in der Unabhängigkeit des Richters von den widerstreitenden Interessen der Parteien, über denen er stehen muß, wenn er als Vertreter des Landesherrn ein rechter Mittler zwischen den Parteien sein soll, und aus diesem Gesichtspunct ist der Ausübung des Richteramts in der einzelnen Sache unfähig, wer selbst an deren Ausgang betheiligt ist,[12] oder wie der Bestochene[13] das processualische Interesse einer Partei zu dem seinigen gemacht hat. Der mit einem dieser Mängel Behaftete ist ungeachtet der landesherrlichen Bestellung kein Richter und kann es selbst durch die Zustimmung der Parteien nicht werden. Die richterlichen Handlungen, welche er vornimmt, sind absolut nichtig, und beide Parteien berechtigt, bei dem oberen Richter mit der Nullitätsquerel um ihre Annulation nachzusuchen.

Die bezeichneten Erfordernisse geben jedoch nur eine negative Garantie dafür, daß der Richter seinen hohen Beruf erfüllen werde. Die rechte positive Sicherheit liegt in der sittlichen Unabhängigkeit seines Urtheils, d. h. in der Gerechtigkeit, welche „die ausschließliche Richtung seines Lebens wie die besondere Ehre seines Standes ist;" und auch sie ist deshalb so weit möglich in den Bereich des Rechts hereingezogen worden.

---

der Stellung, sondern der Thätigkeit eines judex ist der furiosus unfähig. Vgl. Keller: Der römische C. Pr. §. 11 Note 168.

12) L. 10 in D. de jurisd. (2, 1), l. 17 D. de jud. (5, 1), l. un. C. ne quis in sua causa judicet vel jus dicat (3, 5). Die Bestimmung der causa propria in l. 1 §. 11 D. quando appell. sit (49, 4) [„eam esse causam propriam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet"] muß ergänzt werden durch l. 2 §. 1 D. eod., ist aber nach l. 17 D. de jurisd. (2, 1) und l. 6 pr. C. de post. (2, 6) für den vorliegenden Fall auch dann noch zu eng. Bemerkenswerth ist jedoch, daß nach l. 6 D. de recept. (4, 8) und l. 77 D. de jud. (5, 1) der filiusfamilias in Sachen des paterfamilias und umgekehrt der paterfamilias in Sachen des filiusfamilias „judex" sein konnte, was natürlich voraussetzte, daß eine Identität der privatrechtlichen Interessen, die genau genommen die Ausnahme bildete, nicht vorlag, und sich daraus erklärt, daß das Amt von der väterlichen Gewalt nicht berührt wurde — l. 78 D. eod. [vgl. auch l. 13 §. 5, l. 14 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1)] —, während die Verdächtigkeit in anderer Art Berücksichtigung fand. Vgl. Keller a. a. O. §. 11 a. E. Die amtliche Stellung unterscheidet aber noch heut zu Tage den Richter vom Zeugen, für welchen andere Regeln gelten. Vgl. §. 23 Note 9. Nicht von der Unfähigkeit sind zu verstehen l. 10 in f. D. de jurisd. (2, 1), l. 5 pr. D. de injur. (47, 10). S. Note 24. — Für unfähig in Sachen des Gerichtsherrn zu urtheilen darf man auch den Patrimonialrichter nicht halten, und kein Richter urtheilt in eigner Sache, wenn er Ungebührlichkeiten disciplinarisch bestraft, welche sich Jemand vor Gericht, obschon mit ganz persönlicher Beziehung auf ihn, hat zu Schulden kommen lassen.

13) Arg. die in §. 23 Note 7 citirten Stellen, ferner l. 7 C. quando prov. non est necess. (7, 64), c. 10 in f. X. de vita et hon. cler. (3, 1).

Gegen denjenigen Richter, welcher wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit ein ungerechtes Urtheil fällt („qui litem suam facit"), darf die verletzte Partei auf Schadensersatz klagen,[14] den wissentlich ungerecht urtheilenden[15] und den bestochenen[15a] Richter treffen criminelle Strafen, und der zu einer Richterstelle Berufene muß vor Eintritt in die Amtsgeschäfte eidlich geloben, zu richten nach Recht und Gerechtigkeit, ohne Ansehn der Person, kein Gab oder Geschenk zu nehmen, keiner Partei zu rathen und zu warnen.[16]

---

14) Ueber diese s. g. Syndicatsklage, deren speciellere Darstellung dem Civilrecht zufällt, vgl. l. 15, 16 (s. auch l. 40 §. 1) D. de jud. (5, 1), l. 2 C. de poena jud. (7, 49). Diese Stellen setzen, eben so wie die analoge l. 3 §. 4 D. si mensor (11, 6) dolus voraus, und geben einen Anspruch auf die „vera aestimatio litis," also unter Umständen auf Mehr, als das wirkliche Interesse der verletzten Partei beträgt. Nach l. 5 §. 4 D. de O. et A. (44, 7), l. 6 D. de extr. cogn. (50, 13), pr. I. de oblig. quae qu. ex del. (4, 5) aber soll der Richter, „si litem suam fecerit — licet per imprudentiam — in quantum de ea re aequum religioni judicantis videbitur, poenam sustinere", d. h. offenbar den Verletzten entschädigen. Vgl. auch Gai. IV. 52, l. 2 D. quod quisque juris (2, 2), l. 51 pr. D. de evict. (21, 2), l. 4 §. 7 D. de damno inf. (39, 2), l. 19 in f. C. de test. (4, 20). Sowohl wegen dolus, als wegen imprudentia tritt also für den Richter eine Strafe ein, jedoch nicht dieselbe. Sehr bestritten ist, ob unter der imprudentia, welche sich ohne Zweifel vorzugsweise auf Unkenntniß und Vernachlässigung der Gesetze bezieht, nur culpa lata oder auch culpa levis zu verstehen sei; die Mehrzahl der Juristen hat mit Recht das Letztere angenommen. Vgl. die Ausführung bei Strippelmann: Neue Sammlung III. 2 S. 294 fg. So auch der R. A. von 1532 Art. 3 §. 17. Die K. G. O. von 1555 III. 53 dagegen unterscheidet, ob der Richter „nicht aus Betrug oder arge List, sondern allein aus Uebersehen, Unfleiß, Unwissenheit oder Irrsal" (§. 5), oder ob er „von Geschenk, Mied, Gaab, Bitt, Freundschaft, Feindschaft oder andern dergleichen Ursachen ein nichtige oder ungerechte Urtheil geben" (§. 6, 10), und erklärt im ersten Fall das Rechtsmittel der Supplication oder Appellation, im anderen nicht bloß dieses, sondern auch die Syndicatsklage für zulässig. Vgl. Conc. der K. G. O. von 1613 III. 63 §. 13, 14, 18, J. R. A. §. 157. In dieser mit dem älteren deutschen Recht übereinstimmenden (vgl. Strippelmann a. a. O. III. 2 S. 304 fg.) Anordnung muß demnach das heutige Recht gefunden werden, jedoch wird dem dolus die culpa lata gleichzuachten und außerdem anzunehmen sein, daß die Klage nicht mehr schlechthin auf die litis aestimatio, sondern nur noch auf das wahre Interesse und deshalb erst nach Erschöpfung der zuständigen Rechtsmittel angestellt werden könne. Vgl. Gfr. Weber in der Zeitschr. für C. R. und Pr. VII. 1 und besonders Strippelmann a. a. O. III. 2 S. 289 fg. Im Uebrigen vgl. über diese Klage Langenn und Kori: Erörterungen II. S. 45, 46, Bayer: Vorträge S. 277 fg., Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Kierulff: Sammlung der Entscheidungen II. S. 650 fg., Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert: Archiv XIV. 140.

15) Vgl. R. Str. G. B. §. 336.

15a) Ueber die Bestechung, welche unter die lex Julia repetundarum fiel, vgl. l. 3, 5, 7 pr. D. ad leg. Jul. repet. (48, 11), nov. 124 c. 2, Vis. A. von 1713 §. 46, und nunmehr R. Str. G. B. §. 334. — Das allgemeine Verbot der Annahme von Geschenken, welches l. un. §. 1, 3 C. de contr. jud. (1, 53) aufstellt, und manche Particularrechte ausdrücklich wiederholen, ist disciplinärer Natur.

16) L. 14 pr. C. de jud. (3, 1), nov. 8 epil. Jusjurandum quod prae-

Außerdem aber ist jeder Partei gestattet, sich der Competenz eines Richters zu entziehen (judicem recusare),[17] von dem sie zu fürchten Grund hat, daß er zu ihrem Nachtheil die andere Partei begünstigen werde.[18] Dieser Verdacht ist als etwas Subjectives von der Partei geltend zu machen, welche ihn geschöpft hat, und läßt sich dieselbe daher mit dem verdächtigen Richter ein, nachdem sie von dem Verdachtsgrund Kenntniß erhalten, so verzichtet sie auf die Recusation.[19]

Die Thätigkeit eines öffentlichen Beamten kann jedoch nicht schon durch das Mißtrauen an sich, sondern nur durch ein aus triftigen Gründen entsprungenes Mißtrauen suspendirt werden. Darum muß der Recusant seine Gründe der richterlichen Prüfung unterwerfen, und sie in Ermangelung anderer Mittel durch den Calumnieneid (juramentum perhorrescentiae) bescheinigen.[20] Unmöglich aber ist es, die Umstände, welche gerechten

---

statur ab his, qui magistratus accipiunt, nov. 15 c. 1 §. 1, K. G. O. von 1495 tit. 1 §. 4, von 1555 I. 57, Dep. A. von 1557 §. 16, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 71.

17) S. hierüber A. Schulting: De recusatione judicis, Lugd. Bat. 1714, Gönner: Handbuch I. 12, Lotz: Abhandl. Nr. 2, Heise und Cropp: Jurist. Abhandl. II. 2, Behmer in der Zeitschr. für C. R. und Pr., N. F. VI. 1.

18) Das justinianische Recht gestattete die Recusation der judices delegati, nicht die der Magistrate — l. 12 §. 1 (rest.), l. 16, 18 C. de jud. (3, 1), nov. 53 c. 3, nov. 96 c. 2 §. 1; hielt eine Partei den Magistrat für verdächtig, so konnte sie darauf antragen, daß der Verdächtige die Sache gemeinsam mit dem Bischoff oder Erzbischoff instruire und entscheide — nov. 86 c. 2, Petri Except. L. R. IV. 1 (bei Savigny: Gesch. des R. R. im M. A. II. S. 402). — Unbestimmt spricht sich l. 10 D. de jurisd. (2, 1) aus. Das C. R. dagegen ließ, einer bereits von den Glossatoren aufgestellten Ansicht folgend (vgl. Cropp a. a. O. II. S. 53 fg.), die Recusation aller Richter zu — c. 61 X. de appell. (2, 28) —, und so wurde diese auch in der deutschen Praxis recipirt. Vgl. Cropp II. S. 59 fg.

19) Die Recusation muß daher vor der L. C. geschehen — l. 12 §. 1 (rest.) l. 16 C. de jud. (3, 1), l. 4 C. de jurisd. omn. jud. (3, 13), nov. 53 c. 3, nov. 96 c. 2 §. 1, c. 20 X. de sent. et re jud. (2, 27) —; das C. R. läßt sie jedoch auch noch später zu, wenn der Verdachtsgrund erst nach der L. C. entstanden — c. 25 X. de off. jud. del. (1, 29) —, oder, wie nach c. 4 X. de except. (2, 25) hinzugefügt werden muß, dem Recusanten bekannt geworden ist.

20) Es sind hierüber verschiedene Meinungen aufgestellt worden und schon die gl. recusare] ad l. 16 C. de jud. weist auf einen Unterschied zwischen dem jus civile und dem jus canonicum hin. Die Legisten sahen, besonders wegen l. 16 C. de jud. „qui suspectum judicem putat", einen auf den Verdacht schlechthin (se habere suspicionem) gerichteten Calumnieneid als genügend an — vgl. die Nachweisungen bei Gaill: Obs. I. 33 nr. 14 —, die Canonisten dagegen forderten die Anführung und den Beweis einer bestimmten causa suspicionis — vgl. c. 10 X. de foro comp. (2, 2), l. 41 §. 1, c. 61 X. de appell. (2, 28), c. 4 in VI. de off. et pot. jud. del. (1, 14) und Ricardus Anglicus: Ordo jud. (ed. Witte) p. 65, Tancredus: Ordo jud. II. 6 §. 7,

Verdacht erregen, vollständig aufzuzählen.[21] Wenn beiläufig die Gesetze ein feindliches Verhältniß des Richters zum Recusanten,[22] Freundschaft (und ihr ähnliche Verhältnisse, z. B. „tägliche oder argwöhnische Gemeinschaft oder Familiarität"),[23] Verwandtschaft

Gratia: De jud. ord. I. 9 §. 3, Durant: Spec. iud. I. 1 de recus. §. 4 nr. 4, (Joa. Andreae?) Summula de proc. jud. (ed. Wunderlich) IV. 4, Joh. Urbach: Proc. jud. (ed. Th. Muther, Hal. Sax. 1873) p. 133. — Diese Differenz zieht sich durch das ganze Mittelalter hindurch, und noch Gaill l. c. l. 33 nr. 16 nimmt an, daß wenn ein bestimmter Gerichtsgebrauch nicht vorliege, in den weltlichen Gerichten die erste, in den geistlichen die zweite jener Ansichten anzuwenden sei; er bezeugt aber zugleich, daß der communis judiciorum usus den Canonisten folge. Vgl. auch Mynsinger: Sing. obs. III. 63. Für die Ansicht der Canonisten ließen sich in der That auch aus dem R. R. gute Gründe anführen — vgl. l. 9 pr. in f. D. de lib. causa (30, 12) [„nisi si justam causam afferat, quare ad eum mitti non debeat, forte si eum judicem inimicum sibi esse affirmet"], l. 18 C. de jud. (3, 1) [„et hoc facere in actis manifestum"] —, und es hat daher, vielleicht auch mit Rücksicht auf die veränderte Stellung des C. R. zum R. R., die Ansicht der Legisten in neuerer Zeit allmählich an Ansehn verloren. Vgl. Cropp a. a. O. II. S. 65 Note 31, 32. Dagegen ist seit dem 16. Jahrh. eine andere Differenz in den Vordergrund getreten. Eine Reihe von Juristen fordert, bei den Bestimmungen des C. R. beharrend, für den Verdachtsgrund vollen Beweis, eine andere, die bereits mit Gaill. l. c. I. 33 nr. 14 beginnt, hält halben Beweis und insbesondere den Calumnieneid für ausreichend — vgl. Cropp a. a. O. II. S. 66 Note 33, S. 67 Note 34 —. Die letztere Ansicht verdient den Vorzug. Sie findet ihre Begründung in dem oben in §. 29 festgestellten Princip, und wird durch die Analogie des c. 11 §. 1 in VI. de rescr. (1, 3) und einer von dieser Stelle ausgehenden ähnlichen Entwickelung der kirchlichen Praxis unterstützt. Vgl. Mynsinger l. c. III. 58 mit J. H. Boehmer: J. E. P. II. 2 §. 72. Zudem ist sie die jetzt in der Praxis verbreitetere. Vgl. Heffter: System §. 86 Note 179 und dazu Strippelmann: Neue Sammlung IV. 2 S. 336, 342 (wo der Eid dahin formulirt wird: „daß er [Perhorrescent] aus dem angezeigten Grunde sich überzeugt halte, daß das Gericht in den ihn betreffenden Rechtsstreitigkeiten ihm eine unparteiische Gerechtigkeitspflege nicht gewähren werde"), übrigens auch die Erkenntnisse bei Seuffert: Archiv XII. 82, XXI. 78. Ueber eine weitere Modification, wonach der Eid nicht einmal zur Ergänzung soll benutzt werden können, vgl. Cropp II. S. 67 Note 35, und überhaupt: W. A. Lauterbach: De jur. perhorr. Tub. 1650, Feltmann: De jur. perhorrescentiae, Gron. 1669, Col. 1702, Jo. Phil. Carrach: Fasc. opusculorum et controv. de non usu juram. perhorr. Hal. 1759 (enthaltend zwei Dissert. von Joh. Tob. Carrach 1729, 1731, eine von Brockes 1730, und eine von Steger 1730 — in neuem Abdruck).

21) Tancredus: Ordo jud. II. 6 §. 6 bemerkt: „Causa recusationis unica est, sc. suspicionis, quae consurgit multis ex causis. Ebenso Durant. I. 1 de recus. §. 2 pr., Jo. Andreae gl. causa legitima] ad c. 4 in VI. de off. et pot. jud. del. — Die nichtssagende Behauptung vieler Juristen, daß der Richter aus denselben Gründen recusirt werden könne, welche den Zeugen suspect machen, findet ein Analogon, keine Entschuldigung in l. un. C. Th. ne in sua causa (2, 2). Vgl. Cropp a. a. O. II. S. 74.

22) L. 9 pr. D. de lib. causa (40, 12), c. 15 C. 3 qu. 5, c. 41 §. 1 X. de appell. (2, 28).

23) C. 25 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29), c. 17 X. eod., Vis. A. von 1531 §. 18, K. G. O. von 1555 I. 13 §. 14, Vis. A. von 1556 §. 24, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 19 §. 6. — Nicht unmittelbar von der recusatio judicis suspecti handelt das c. 4 X. ut lite non cont. (2, 6).

oder Schwägerschaft mit dem Gegner oder dessen Anwalt,[24] frühere dem Gegner in derselben Sache advocando oder consulendo geleistete Dienste,[25] Betheiligung an einem ähnlichen Rechtsstreit,[26] collegialisches Interesse[27] anführen, so werden daneben immer noch andere Umstände Berücksichtigung verdienen, z. B. der, daß der Richter in der vorigen Instanz das jetzt angefochtene Erkenntniß gegeben.[28] Dagegen kann ein Richter nicht ohne Weiteres schon deshalb recusirt werden, weil er die in Frage stehende Sache bereits in einer ihm obliegenden anderen Function, etwa in Verwaltung der freiwilligen Jurisdiction behandelt,[29] oder bei früheren Gelegenheiten dem Recusanten eine mit den Gesetzen nicht übereinstimmende und deshalb vom oberen Richter aufgehobene oder abgeänderte Entscheidung ertheilt,[30] die Justiz verzögert, zu viel Kosten abgenommen, Disciplinarstrafen auferlegt, oder selbst in ungeeigneter Form Verweise ertheilt hat.[31] Eine eigenthümliche Art der Recusation findet Statt, wenn eine Partei den in der Sache competenten Richter als Zeugen benutzen will.[31a]

Jene Cognition nun kann zwar von dem Richter, gegen dessen Unparteilichkeit der eine oder andere der angeführten Gründe spricht, wenn er sich selbst für befangen erachtet, ohne vorgängigen Partei-

24) L. 10 D. de jurisd. (2, 1), l. 5 pr. D. de injur. (47, 10), c. 36 X. de appell. (2, 28), Vis. A. von 1531 §. 19, 20, K. G. O. von 1555 I. 13 §. 13, Vis. A. von 1556 §. 23, Dep. A. von 1557 §. 27, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 19 §. 5.

25) C. 36 X. de appell. (2, 28), K. G. O. von 1555 I. 13 §. 13, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 19 §. 5.

26) C. 18 X. de jud. (2, 1).

27) C. 35 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29). Diese Stelle, welche die Recusation in jeder den Collegen des Richters betreffenden Sache gestattet, wird in diesem Umfang wenigstens bei dem ordentlichen Richter nicht angewandt, wohl aber muß sie noch jetzt da Anwendung finden, wo einzelne Mitglieder eines Collegiums in ihrer amtlichen Eigenschaft bei der Sache betheiligt sind. Vgl. Cropp a. a. O. II. S. 76 N. 45, Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 337 Note 6.

28) Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 338 Note 2. Ein Erk. d. O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert: Archiv XVIII. 77 findet in diesem Umstand sogar einen absoluten Inhabilitätsgrund. — Andere Fälle s. bei Strippelmann S. 341.

29) Cropp a. a. O. II. S. 76 fg. Jedoch ist auszunehmen der Fall, wo dem Richter in derselben Sache eine Syndicatsklage droht. Vgl. Strippelmann IV. 2 S. 337 Note 3.

30) Zu rücksichtsvoll ist offenbar das C. R. — c. 6, 41 §. 1 X. de appell. (2, 28) —, wenn es der Partei, welche in einer Sache appellirt hat, gestattet, den judex a quo in jeder anderen bei ihm anhängigen Sache zu recusiren. S. dagegen l. un. D. apud eum, a quo (49, 12) und Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 340.

31) Vgl. überhaupt Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 340.

31a) C. 40 X. de test. et att. (2, 20).

antrag (und ohne Bescheinigung) veranlaßt,[32] allein sie kann nicht von ihm selbst vorgenommen werden. Sie fällt auch nicht mehr, wie das R. R.[33] und abgesehen von der Verdächtigung eines unter mehreren Richtern[34] auch das C. R.[35] verordnet hatte, besonderen von den Parteien für diesen Zweck zu wählenden arbitri zu. Vielmehr erkennen nach der heutigen Praxis, wenn ein Mitglied eines Collegiums recusirt wird, die übrigen Mitglieder,[36] über die Recusation eines Einzelrichters oder aller Mitglieder eines Collegiums, oder doch so vieler, daß die übrig bleibenden nicht mehr beschlußfähig sind, der höhere Richter,[37] und wenn es sich um das höchste Gericht handelt, consequenter Weise der Landesherr durch Commissare, welche er dieserhalb bestellt.[38]

Von selbst versteht es sich, daß da, wo die Entscheidung erfolgt, auch das Recusationsgesuch angebracht werden muß. Jedoch unterliegt dies einer Modification. Will der Kläger nach begonnenem

32) Arg. l. 17 D. de jurisd. (2, 1), ferner Vis. A. von 1531 §. 19, K.G.O. von 1555 I. 13 §. 13, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 19 §. 5, R. H. R. O. von 1654 tit. 1 §. 18. und dazu Strippelmann IV, 2 S. 30, 338 Note 1, S. 339 Note 2.

33) Nach l. 16, 18 C. de jud. (3, 1) wurde das Recusationsgesuch (libellus recusationis) bei dem verdächtigen Richter selbst (wenigstens regelmäßig — l. 18 C. cit.) angebracht, und von diesem den Parteien die Wahl von arbitri aufgegeben, welche nicht nur über jenes Gesuch, sondern auch über die Hauptsache zu erkennen hatten. Jedoch wurde nach nov. 53 c. 3 in der Hauptstadt um einen anderen judex oder um Beiordnung eines conjudex gebeten.

34) Vgl. c. 4. in VI. de off. et pot. jud. del. (1, 14).

35) Nach C. R. sollten die arbitri nur über die Recusation, nicht über die Hauptsache erkennen, im Uebrigen die Grundsätze des R. R. angewandt werden. Vgl. c. 39 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29), c. 10 in f. X. de foro comp. (2, 2) c. 41 §. 1, c. 61 X. de appell. (2, 28.) Die in der vorigen Note citirte Stelle änderte aber hieran soviel, daß wenn der Delegat oder Officiale eines Bischoffs recusirt wurde, der Bischoff über den Recusationsgrund erkennen sollte.

36) Arg. c. 4 in VI. de off. et pot. jud. del. (1, 14), und dazu Vis. A. von 1713 §. 67.

37) Das, was die Stelle der Note 36 vom Delegaten des Bischoffs sagt, gilt heut zu Tage von allen Commissaren, kann aber nicht auf den Unterrichter im Verhältniß zum Oberrichter angewandt werden. Dagegen hat sich für das im Text Angenommene schon eine alte Particulargesetzgebung, und in neuerer Zeit auch die Ansicht der Juristen ausgesprochen, wogegen das Verfahren mit Schiedsrichtern außer Uebung gekommen ist. S. die Nachweisungen bei Cropp a. a. O. II. S. 62—64, S. 81, 83 und dazu Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 334. Kaum zu bestreiten ist, daß auch ein ganzes Collegium recusirt werden könne — Cropp II. S. 79 Note 48 —, nur müssen sich die Recusationsgründe auf die einzelnen Mitglieder (in der oben specialisirten Weise) beziehen. S. Strippelmann S. 343.

38) Ist das schiedsrichterliche Verfahren überhaupt nicht mehr üblich, so kann es auch in diesem Fall nicht statthaft sein. A. M. Cropp II. S. 83. Mit dem Text stimmen überein Heffter: System §. 88, Renaud: Lehrbuch §. 14 Note 16.

Proceß oder der Verklagte nach Mittheilung der Klage das bereits in Thätigkeit getretene Gericht recusiren, so kommt es zugleich darauf an, das weitere Verfahren desselben zu hemmen. Und da es hierzu nicht ausreichen würde, wenn der Recusant sich diesem Gerichte gegenüber unter einfacher Berufung auf sein Mißtrauen zu den bei dem Oberrichter vorzunehmenden Schritten bereit erklären wollte, so muß er sofort die verdächtigenden Thatsachen bescheinigt mit der Bitte vorlegen, daß das Verfahren in der Hauptsache sistirt, und das Recusationsgesuch nach Statt gehabtem Gehör des Gegners zur Entscheidung des Oberrichters gebracht werde.[39] Wenn dann der recusirte Richter das Verfahren nichts desto weniger fortsetzt, so ist dasselbe nichtig.[40]

Das Recusationsgesuch kann einen verschiedenen Erfolg haben. Wird es nicht begründet erfunden, oder vor erfolgter Entscheidung durch einen Wechsel im Personal des verbetenen Gerichts, durch die Anerkennung dieses Gerichts von Seiten des recusirenden Theils, oder im Falle der gleichzeitigen Einführung eines Rechtsmittels durch dessen definitive Entscheidung erledigt,[41] so erfolgt ein Abschlagsdecret. Im entgegengesetzten Falle wird dem Gesuche Statt gegeben, und folgeweise in der Hauptsache den recusirten Mitgliedern eines Collegiums das Stimmrecht, dem im Ganzen recusirten unteren Gericht aber die Jurisdiction selbst entzogen. Daß die Jurisdiction eines recusirten, eben so wie die eines untauglichen Richters an denjenigen Oberrichter devolvirt, welcher

39) Vgl. Martin: Lehrbuch §. 298, womit auch Cropp II. S. 82 übereinstimmt, der sogar dem Kläger gestattet, vor Beginn des Processes das Recusationsgesuch bei dem recusirten Richter zum Zweck der Instruction und demnächstigen Einsendung an den Oberrichter einzureichen.

40) Arg. c. 5 in VI. de off. et pot. jud. del. (1, 14), und dazu Vantius: De nullitatibus IX. 140. Diese Nichtigkeit ist jedoch eine bloß hypothetische, wie Heffter: System §. 87 Note 189 mit Recht annimmt, sie ist also dadurch bedingt, daß dem Recusationsgesuche Statt gegeben wird. Denn wenngleich die gerichtsablehnende exc. jud. suspecti den Verklagten von der Pflicht jeder auch nur eventuellen Einlassung befreit — vgl. §. 71 I. 4 in f. —, so begründet doch das unbehinderte Fortschreiten des Richters nur eine Beschwerde, keine Nichtigkeit. Auch werden, selbst wenn dem Recusationsgesuche Statt gegeben wird, diejenigen Handlungen nicht ungültig, welche der Richter vor dessen Einreichung vorgenommen hat, wie namentlich wenn der Verdachtsgrund schon früher vorhanden, dem Recusanten aber unbekannt war; denn da der Recusant nicht fürchten konnte, daß aus seiner Theilnahme am Verfahren ein Verzicht auf die Recusation gefolgert werde, so war er an der Vertheidigung in keiner Weise gehindert, und besaß in der Appellation ein genügendes Sicherungsmittel gegen jede Verletzung. A. M. ist Leyser: Medit. II. 67 §. 12. S. dagegen Bayer: Vorträge §. 83, der im Wesentlichen mit dieser Ansicht übereinstimmt.

41) Vgl. Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 335.

über das betreffende Gesuch erkannt hat, und daß dieser an Statt des verbetenen Richters gewöhnlich einen Commissarius ernennt,[42] ist bereits in anderem Zusammenhang erwähnt worden.[43] Uebrigens wirkt die Recusation nur für die Sache, auf welche sie sich bezieht,[44] sofern sie nicht, was nach Beschaffenheit ihres Grundes möglich ist, durch eine einzelne Sache nur veranlaßt, rücksichtlich aller Rechtsstreitigkeiten des Recusanten aber geltend gemacht worden ist.[45]

II. Der Gerichtsschreiber[46] (actuarius, secretarius, protonotarius) kommt als ein mit öffentlichem Glauben versehener und zur Aufzeichnung der gerichtlichen Vorgänge ex officio verpflichteter Beamte in der älteren deutschen Gerichtsverfassung nicht vor.[47] Zwar geschah es häufig, daß nach gesprochenem Urtheil über dieses und die vorausgegangenen Verhandlungen eine Urkunde (charta judicii, judicium, notitia, testamentum) aufgenommen wurde,[48] und einige der alten Volksrechte schrieben dies sogar ausdrücklich vor.[49] Allein ohne besonderen Parteiantrag und die darauf ertheilte Genehmigung des Gerichts erfolgten solche Aufzeichnungen nicht, und auch ihre Beweiskraft hing weniger von der schriftlichen Form, als von der Glaubwürdigkeit der Zeugen ab,

---

42) Ueber das R. R. vgl. Note 33. Das C. R. unterscheidet zwischen der Recusation eines judex ordinarius und der eines judex delegatus; in Folge jener soll die Hauptsache vom recusirten Richter entweder dem Oberrichter oder mit Zustimmung des Recusanten einem Commissar, in Folge dieser soll sie vom Committenten einem anderen Delegaten überwiesen werden. Vgl. c. 61 X. de appell. (2, 28), c. 25 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29) und dazu c. 5 in VI. eod. (1, 14). Ueber die heutige Praxis vgl. Cropp a. a. O. II. S. 85 fg., Strippelmann a. a. O. S. 344, Erkk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert: Archiv VIII. 90, und bei Kierulff: Sammlung I. 85.

43) Vgl. §. 35 Note 15, und dazu §. 38 Note 9.

44) Diesem sich von selbst verstehenden Satz wird in l. 9 pr. §. 1 D. de lib. causa (40, 12) eine besondere Anwendung auf den Fall gegeben, wo eine von mehreren an sich zum Litis Consortium berechtigten Personen den Richter recusirt; das Litis Consortium wird dadurch ausgeschlossen. Auch kann sich die Recusation möglicher Weise auf einen Incidentpunct beschränken. Vgl. Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Kierulff: Sammlung II. 13, 106.

45) Arg. l. 5 C. si quacunque praed. pot. (5, 7) und dazu Strippelmann S. 343 Note 4.

46) Hierher gehören Wildvogel: Diss. de officio actuarii, Jen. 1702, Kemmerich: Diss. de protonotariis, secretariis, notariis et actuariis, Jen. 1726, Schilter: Diss. de secretario (in Exerc. ad Pand. zwischen V. und VI.), Schwarzenberg: Von Gerichtsschreibern, Stadtschreibern und Secretariis, Halle 1734.

47) Vgl. Maurer: Gesch. des alt-germ. G. V. §. 15, 62, 108, Sohm a. a. O. (Note 9) I. S. 527—530.

48) Maurer a. a. O. §. 25, 72, 143, Sohm a. a. O. I. S. 526.

49) Lex Wisigoth. II. 1 c. 24, lex Riboar. LIX. 7.

welche als Theilnehmer am Gericht oder im Umstand anwesend dieselben unterschrieben hatten.[50] Die Person des Schreibers trat dabei gänzlich zurück; mitunter nannte er sich nicht einmal, gewöhnlich war er ein Geistlicher. Allerdings gab es schon damals Schreiber von Beruf, notarii, cancellarii, scribae genannt,[51] und Karl d. Gr. verordnete, daß Grafen, Bischöffe und Aebte solche haben, und die missi sie auswählen sollten;[52] jedoch auch dann noch wurden sie nicht nothwendig, und keineswegs gerade sie in den Gerichten zugezogen,[53] die lebendige Kundschaft des Verhandelten verblieb den richterlichen Personen. Das sächs. Ldr. zählt daher unter den zu einem wohl besetzten Gericht gehörigen Personen den Gerichtsschreiber nicht auf,[54] und selbst im 15. Jahrhundert wurden in das jetzt häufiger erwähnte „Gerichtsbuch" meist nur die Urtheile[55] eingetragen, die Urtheilsbriefe aber nach wie vor mit der Unterschrift von Zeugen ausgestellt.[56] Die Aufgabe des beinah allgemein vorkommenden[57] Gerichtsschreibers bestand also wesentlich in der Besorgung der erforderlichen Schreibereien, nebenher auch wohl darin, durch die Aufzeichnung der Urtheile die Erinnerung des Gerichts zu unterstützen, nicht sie zu ersetzen.

Nur in dem longobardischen Oberitalien fand insofern etwas Anderes statt, als dort die für den gerichtlichen Geschäftsbetrieb erforderlichen Notare nicht bloß öffentlich angestellt, sondern des öffentlichen Glaubens wegen auch beeidigt, mithin die Gerichtsurkunden von einem öffentlichen, beeidigten Notar geschrieben wurden.[58] Und wie es scheint, knüpfte eine Decretale des Papstes

---

50) S. die Citate der Note 48.

51) S. die Citate der Note 47.

52) Die Belegstellen finden sich in §. 24 Note 56.

53) Vgl. Maurer a. a. O. §. 108.

54) Sächs. Ldr. III. 61 §. 1: „Over achtein Weken sal die Greve sin Ding utleegen buten den gebundenen Tagen to rechter Dingstat, dar de Scultheite und die Scepenen und die Vronebode si." Vgl. auch Dsp. c. 312.

55) S. die Nachweisungen bei Maurer §. 143 (S. 201), 200 (S. 299), 217 (S. 336). So heißt es in den Statuten von Cassel a. 1384 (Hessische L.O. I. S. 5, 6): „Orteile, die da Endunge gebin in den Sachin — sal man czu Stunt schriben in czwey Büchern: das eine sal bliben by dem Rade, das ander by dem Richter".

56) Maurer a. a. O. §. 143.

57) Beispiele finden sich bei demſ. §. 109.

58) Vgl. capit. Hloth. Olonn. a. 823 c. 12 (bei Pertz I. p. 235) und dazu Sohm a. a. O. I. S. 530, 531. Vgl. auch über das Eigenthümliche des italienischen Notariats §. 24 Note 52 fg. dieses Systems. Daß zwischen fränki-

Innocenz III. (a. 1216) hieran an, wenn sie vorschrieb, daß im ordentlichen wie im außerordentlichen Proceß alle gerichtlichen Acte von einer öffentlichen Person oder in deren Ermangelung von zwei glaubwürdigen Männern getreulich und in entsprechender Ordnung aufgezeichnet werden sollten, damit wenn über das Verfahren des Richters („super processu judicis") Streit entstände, die Wahrheit durch das aufgenommene Protocoll bekundet werde („nec pro ipsius [sc. judicis] praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis").[59] Unter der zuzuziehenden öffentlichen Person war mit Rücksicht auf die erforderliche publica fides ohne Zweifel ein Notar verstanden,[60] und es sollte also die glaubwürdige, gleichzeitige und zusammenhängende Aufzeichnung der Verhandlungen geradezu die Gültigkeit des Verfahrens bedingen, und die maaßgebende Grundlage für das Urtheil in der unteren und in der höheren Instanz schaffen. Als nun die fremden Rechte in die weltlichen Gerichte einzubringen begannen, fanden sich die Bestimmungen des R. R. über den ab actis[60a] wegen der Eigenthümlichkeit der römischen officia magistratuum zur Anwendung nicht geeignet, dagegen entsprachen die jener Decretale einem längst gefühlten Bedürfniß.[61] Es wurden daher zunächst ausführlichere Einträge in die Gerichtsbücher aufgenommen,[62] dann aber war es besonders die Reichsgesetzgebung, welche den Grundsätzen des C. R. weiteren Eingang verschaffte. Nicht nur führte

---

schem und longobardischem Recht ein Unterschied Statt gefunden habe, will Bethmann-Hollweg: Der germ. rom. Pr. im M. A. II. §. 76 Note 56 nicht anerkennen.

59) C. 11 X. de probat. (2, 19). Vgl. auch c. 2 Clem. de V. S. (5, 11).

60) Vgl. Oesterley: Das deutsche Notariat I. S. 401 fg.

60a) Vgl. darüber Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. S. 148 fg., 158 fg.

61) Besonders dann, wenn ein ergangenes Urtheil gescholten wurde, hatte sich der Mangel schriftlicher Aufzeichnungen fühlbar gemacht; wollte in einem solchen Fall nicht das ganze Gericht zum Oberrichter reisen, so mußte nachträglich noch Alles zu Papier gebracht werden. Vgl. Maurer a. a. O. §. 143 in f., §. 200 und dazu §. 216.

62) Vgl. Maurer a. a. O. §. 211 (S. 325, 326 in.), 216 (S. 333), 217 (S. 335), 218 (S. 337), 219 (S. 340) und besonders §. 213. Jedoch wurde der Gerichtsschreiber nicht sofort ein nothwendiges Glied des Gerichts. So sagt Emerich in den Frankenberger Gewohnheiten (bei Schminke: Monim. hass. II. p. 714) noch zu Ende des 15. Jahrhunderts: „Ein Schriber pleigt oich bym Gericht zu syn, der Anclage, Antwurt, Ortil und aln Gerichtshandel schribe. Der ist aber nicht von noden, wanth bußen den mag man Gericht halden, und nicht bußen die andern."

sie das schriftliche Verfahren[63] und ständige Gerichtsschreiber[64] im R. K. Gericht ein, wodurch sie den Territorialgerichten ein Vorbild gab,[65] sondern sie ging von denselben Gesichtspuncten auch bei der Reformation des gemeinen Criminalprocesses aus. Denn die P. H. G. O. schrieb vor, daß an allen peinlichen Gerichten neben Richter und Urtheilern auch Gerichtsschreiber gesetzt werden sollten, mit der eidlichen Verpflichtung, das, was gehandelt werde, getreulich aufzuschreiben, zu verwahren, und so es noth thue, zu verlesen, und bezeichnete ausdrücklich als den dabei obwaltenden Zweck, „damit auf sollich förmlich gründtliche Beschreibung stattlich und sicherlich geurtheilt werden möge."[66] Freilich beschränkte sich diese Vorschrift auf das peinliche Verfahren. Allein indem sie die wesentlichen Momente der genannten Decretale in sich aufnahm, erkannte sie dieselbe überhaupt als bindend an, und war um deswillen in der That von allgemeinerer Bedeutung. Es muß daher als ein von den Reichsgesetzen ausdrücklich anerkannter Grundsatz angesehen werden, daß zu einem wohl besetzten Gerichte der Gerichtsschreiber unentbehrlich ist, und wenn manche Untergerichte sich dennoch ohne einen solchen behelfen müssen, so ist dies ein Mangel, welcher durch die Verpflichtung des Richters auf die fides protocolli nur unvollkommen geheilt wird, da der Richter seinem eignen Verhalten offenbar nicht unbetheiligt gegenübersteht,[66a] obwohl sich die Glaubwürdigkeit der von ihm mit staatlicher Auctorisation aufgenommenen Protocolle nicht wohl bezweifeln läßt.[67] Dagegen ist es weder nach C. R., noch nach den Reichsgesetzen nothwendig, daß

63) Vis. A. von 1531 §. 40, K. G. O. von 1555 I. 28 §. 5, Vis. Mem. der Protonot. von 1556 §. 6, Conc. der K. G. O. von 1613. I. 41 §. 15, R. H. R. O. von 1654 tit. 3 §. 2, 20, 22—24.

64) Vgl. schon R. A. von Nürnberg a. 1467 §. 9 (bei Koch: Reichsabschiede I. S. 218); ferner K. G. O. von 1495 tit. 4, von 1507 (Costn.) tit. 22 §. 13, 14, von 1521 tit. 11, R. A. von 1530 §. 81, K. G. O. von 1555 I. 26—28, Conc. von 1613 I. 39—41.

65) K. G. O. von 1521 tit. 24 §. 3, von 1555 II. 31 §. 2, Conc. von 1613 II. 34 §. 1.

66) P. H. G. O. art. 1, 5, 181 fg., 189.

66a) Eine Art von Rechtfertigung findet der gerügte Mißbrauch bei Gaill: Obs. I. 134 nr. 18: — „in brevioribus (sc. causis) scriptura non requiritur, — — sed statur assertioni judicis, — — maxime si inter viles personas lis agitetur," wobei man sogleich an die Patrimonialgerichte erinnert wird, welche vorzugsweise unter jenem Mißbrauch gelitten haben.

67) Manche Juristen halten zwar in Ermangelung eines Actuars die Zuziehung von zwei Zeugen für nothwendig; sie können sich aber dafür auf das C. R. doch auch nicht berufen, da die in c. 11 X. de prob. (2, 19) erwähnten zwei glaubwürdigen Männer statt der publica persona das Protocoll selbst aufnehmen sollen. Vgl. über das Ganze Danz: Grundsätze §. 45 Note i.

der Gerichtsschreiber, der schon durch seinen Amtseid zur Wahrhaftigkeit verpflichtet wird, dem Stande der öffentlichen Notare angehöre.[68]

Noch heut zu Tage nun ist es von Wichtigkeit, diejenigen Functionen des Gerichtsschreibers, welche schon dem älteren deutschen Recht bekannt waren, von denen zu unterscheiden, welche das C. R. hinzugefügt hat. 1. Zu jenen gehört das Schreiben (und unter Umständen die Extension) aller richterlichen Communicate und Verfügungen, die vom Gericht als solchem ausgefertigt, d. h. unterschrieben und untersiegelt werden, sowie das Vorlesen dessen, was von Gerichtswegen vorzulesen ist;[69] hier ist der Gerichtsschreiber nur Werkzeug des Richters, seine Thätigkeit also eine rein mechanische. 2. Der andere Theil seiner Functionen dagegen, welchen man das Actuariat im eigentlichen Sinne nennen könnte, besteht vorzugsweise in der Beschaffung eines zusammenhängenden, auf eigner Wahrnehmung beruhenden, urkundlichen Zeugnisses über alle Momente des Processes, über die Handlungen des Richters sowohl als über die der Parteien, über terminliche und außerterminliche Vorgänge; sodann in der Aufbewahrung dieser Aufzeichnungen mit den dazu gehörigen Anlagen und richterlichen Verfügungen, und in der Beglaubigung der in Betreff eines oder des anderen Actenstücks vom Richter bewilligten Abschriften.[70] Auch diese Thätigkeit ist in gewissem Sinne vom Richter abhängig; weil sie den Zwecken seines Amtes dienstbar ist, muß sie sich auch den richterlichen Befehlen unterordnen. Allein sie kann vom Richter weder zu einer anderen gemacht,[71] noch umgangen werden, und darin liegt, daß sie den Gegenstand

68) Dies war allerdings früher eine weit verbreitete und namentlich am R. K. G. gangbare Sitte. Vgl. K. G. O. von 1521 tit. 11, von 1555 I. 59 §. 1, und Oesterley a. a. O. I. S. 525, II. S. 601 Note 2. Ueber den Text aber vgl. Chilian König: Proceß c. 92 nr. 4, Martini: Comment. forens. II. 2 nr. 23, Leyser: Medit. II. 71 in corrol. nr. 2.

69) Außer der citirten P. H. G. O. art. 5, vgl. Maurer a. a. O. §. 110 Note 16 fg., K. G. O. von 1495 tit. 4, von 1521 tit. 11, von 1555 I. 59 §. 1.

70) Diese Functionen werden theils aufgezählt, theils vorausgesetzt in den Stellen der Noten 59 und 69.

71) Hierbei entsteht die Frage, ob sich der Actuar das Protocoll vom Richter dictiren lassen dürfe? In manchen Particularrechten ist dies vorgeschrieben, außerdem kann es wegen der Ungeschicklichkeit des Actuars nothwendig sein. Soll aber dadurch die Stellung des Actuars nicht ganz verkehrt werden, so ist festzuhalten, daß sich die Beihülfe des Richters nur auf den Ausdruck bezieht, der Actuar mithin für den Inhalt des Protocolls verantwortlich bleibt.

eines dem Actuar zugewiesenen selbständigen Berufs bildet, daß also in Rücksicht auf sie dem Actuar die Stellung eines öffentlichen Beamten zukommt. Als solcher wird er wie der Richter vom Landes- oder Gerichtsherrn ernannt, und bei Antritt seines Amtes durch einen Eid[72] verpflichtet, welcher ihm Sorgfalt und Wahrhaftigkeit in dessen Ausübung einschärft, und die innere Voraussetzung ist, auf deren Grund seinen Functionen vom Staat der öffentliche Glaube (publica fides) beigelegt wird.[73] Alle Handlungen, welche der Actuar vor Ableistung des Eides vornimmt, sind daher ungültig, und können durch die nachfolgende Beeidigung selbst dann nicht gültig werden, wenn der Eid auf die bisherigen Handlungen mit gerichtet wird, weil derselbe der Deposition zwar nachfolgen kann, der Wahrnehmung aber nothwendig vorausgehen muß, wenn er ihr den Character einer in Amt und Pflichten gemachten, d. h. einer amtlichen geben soll.[74]

Inzwischen ist der Eid nicht die einzige Bedingung der publica fides. Sieht man von der Aufbewahrung der Acten ab, welche doch nur deren Vollständigkeit und Unverfälschtheit sichern soll, so lassen sich die Functionen des Actuars auf das Bekunden von Wahrnehmungen zurückführen. Der Actuar muß deshalb erstens die wesentlichen Eigenschaften eines Zeugen besitzen, ohne jedoch wegen eines von der interessirten Partei zur Recusation nicht benutzten Verdachtsgrundes Einbuße an seiner Glaubwürdigkeit zu leiden,[75] und zweitens muß er bei der Deposition die gehörige Form beobachten. Während aber eine solche für die beglaubigten Mittheilungen aus den Acten nicht vorgeschrieben ist, verlangen die Einträge in die Acten die Angabe von Zeit und Ort der Handlung, sowie der handelnd auftretenden Personen, also des Richters, der Parteien, der Zeugen, der Sachver-

---

72) Von der Beeidigung spricht das c. 11 X. de prob. nicht; in Deutschland kommt sie aber schon vor der Reception des C. R. vor, und ist nachmals sachgemäß beibehalten worden. Vgl. Maurer a. a. O. §. 109, 110 und die Citate der Note 69.

73) Dieser Zusammenhang ergiebt sich aus c. 13 X. de praescript. (2, 25) [„— nec credentes ipsum scriniarium, cum juratus sit officium suum fideliter exsequi, aliud scripsisse, quam a testibus diceretur"], P. H. G. O. art. 189.

74) A. M. sind aus Billigkeitsrücksichten die meisten neueren Juristen. Vgl. die bei Danz: Grundsätze §. 45 Note b und Glück: Commentar VI. S. 453 Note 41 Citirten.

75) Die Cognition über das Recusationsgesuch gehört ohne Zweifel zur Competenz des Richters. Arg. c. 4 in VI. de off. et pot. jud. del. (1, 14).

ständigen,[76] deren Identität mit denjenigen Personen, für welche sich dieselben ausgeben, nöthigenfalls festzustellen ist, sodann die Unterschrift des Actuars,[77] und überall da, wo Erklärungen der Parteien oder anderer Personen actenmäßig gemacht werden sollen, die Vorlesung des Niedergeschriebenen und dessen Genehmigung,[78] nicht aber die Unterschrift der Handelnden. Aufzeichnungen dieses Inhalts werden Protocolle,[78a] alle anderen Vermerke, zu denen z. B. das Präsentatum der eingehenden Schriften, die Aufzeichnung der Relationen der Gerichtsdiener, die Berichte über eingenommene Augenscheine, die Beobachtungen über die Geberden der Zeugen bei der Vernehmung und Anderes gehören, werden Registraturen genannt.[79] Die Glaubwürdigkeit beider ist dieselbe.

Lassen nun Protocolle (und Registraturen) den Gegenbeweis zu?[80] Den Gegenbeweis im formell processualischen Sinne aller-

76) C. 11 X. de prob. (2, 19) [— „et cetera, quae occurrerint, competenti ordine conscribenda, loca designando, tempora et personas"], P. H. G. O. art. 189.

77) P. H. G. O. art. 189. Vgl. Strippelmann: Neue Sammlung VI. S. 192.

78) Dieses Erforderniß beruht auf der Analogie der Notariatsprotocolle, für welche es zuerst in der italienischen Praxis und dann auch in der deutschen aufgestellt wurde. Vgl. Oesterley a. a. O. I. S. 269, II. S. 377 fg. In Beziehung auf die gerichtlichen Protocolle findet es sich gesetzlich anerkannt in dem B. A. von 1713 §. 27. Vgl. Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert: Archiv VI. 266, des O. A. G. zu Kiel das. XIX. 190. Ganz vereinzelt ist die entgegengesetzte Meinung von Hommel: Rhapsodiae, obs. 573, welcher gleichwohl ein Erk. des O. A. G. zu Darmstadt bei Seuffert: Archiv IX. 308 beistimmt. Inzwischen streitet für die Vorlesung, auch wenn sie nicht registrirt ist, die Vermuthung. Vgl. J. H. Boehmer: Exerc. ad pand. II. 14, exerc. 29 c. 3, Heffter: System §. 206 Note 129, Strippelmann a. a. O. VI. S. 192 Note 14.

78a) Der Ausdruck πρωτόκολλον findet sich in der nov. 44 c. 2 in der Bedeutung einer besonderen Bezeichnung der Zeit auf dem Schreibmaterial, dessen man sich bei Urkunden bediente. Vgl. Klüpfel: Ueber einzelne Theile des bürgerlichen Rechts, Stuttg. 1817 Nr. 5 (Ueber Stempelpapier nach just. Recht), Wattenbach: Schreibwesen S. 70, Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. S. 172. Späterhin kommt das Wort in anderen Bedeutungen vor, z. B. für gewisse Bücher und Register der öffentlichen Behörden. Cf. Dufresne: Gloss. lat. med. aevi, s. v. protocollum, und dazu Bergmann: Grundriß §. 55 Note 509, Hugo: Civil. Mag. VI. 7.

79) Die den genannten Ausdrücken hier gegebene Bedeutung ist keineswegs constant, indem man auch wohl jede Art gerichtlicher Aufzeichnungen Registraturen nennt; heut zu Tage darf sie aber als die gangbarste angesehen werden. Vgl. Hofmann: Teutsche Reichspraxis I. §. 20, Heffter a. a. O. §. 206, Strippelmann a. a. O. VI. S. 190, und dagegen Biener: Syst. proc. jud. I. §. 27.

80) Auf diese Fragen beziehen sich Strecker: Diss. de jurisjurandi delatione, quatenus sit contra registraturam judicialem admittenda? Erford. 1731, Geiger: Von dem Beweis durch den Eid gegen ein gerichtliches

dings nicht; denn dieser setzt einen Beweis voraus, und die gerichtlichen Vorgänge bedürfen keines Beweises, weil sie vom Gericht selbst wahrgenommen, in dessen Erinnerung durch die Acten festgehalten werden, also notorisch sind. „Hinc illud vulgatum, acta facere notorium inter partes.“[81] Allein jedenfalls schließen äußere Mängel namentlich Rasuren und Correcturen, wenn sie nicht offenbar nur die Verbesserung eines Schreibfehlers zum Gegenstand haben, die Glaubwürdigkeit des Protocolls aus;[82] ebenso der Beweis der Fälschung, wennschon dieselbe am Protocoll selbst nicht sichtbar sein sollte.[83] Und hieraus ergibt sich, daß das Mittel, dessen sich das Gericht bedient, um seine Wahrnehmungen festzuhalten, nicht vollkommen untrüglich ist. Offenbar aber läßt sich auch die Möglichkeit einer irrthümlichen Auffassung oder eines Versehens, insbesondere einer Unterlassung des Actuars, also überhaupt die Möglichkeit einer unrichtigen Protocollirung nicht von der Hand weisen, und nach Analogie des von Notariatsinstrumenten handelnden c. 10 X. de fide instr. (2, 22) hat man daher angenommen, daß gerichtliche Protocolle schon durch die Nachweisung eines Widerspruchs zwischen ihrem Inhalt und dem Verhandelten angefochten werden können.[84] Zwar scheint es, als ob der Inhalt eines Protocolls wenigstens dann der Anfechtung nicht unterliege, wenn er die Genehmigung der Parteien erhalten habe, da das Genehmigte doch auch gewollt sei.[85] Gegen diesen Einwand

---

Protocoll (in seinen und Glücks merkwürdigen Rechtsfällen I. 11), Lotz: Civil. Abhandl. zur Berichtigung einiger Puncte der Proceßtheorie, Coburg und Leipz. 1820, Abh. 3, Strippelmann a. a. O. VI. 29.

81) Gaill: Obs. I. 134 nr. 16, Rulant: De commiss. II. 5 c. 6 nr. 21. Vgl. auch §. 20 Note 41.

82) Arg. l. 46 D. de re jud. (42, 1), c. 3 X. de fide instr. (2, 22), und dazu Biener l. c. I. §. 57 not. 9 obs. 2, Strippelmann a. a. O. VI. S. 193.

83) Arg. c. 6 X. de fide instr. (2, 22).

84) Die Anfechtbarkeit der gerichtlichen Protocolle wurde schon frühzeitig in Deutschland anerkannt. Cf. Rulant l. c. (Note 81) II. 5 c. 6 nr. 21 [„De actis contentiosae jurisdictionis potest statui, iis Magistratus ad probandum actus jurisdictionales exercuisse recte uti, et si non sint aliae probationes in contrarium, probare, alias adminiculum saltem adferre“], Mevius: Decis. I. 120 nr. 3, Martini: Comment. forens. XX. rubr. nr. 37, Sam. Stryk: De jure protocolli c. 3 nr. 34, Cons. Tubing. IV. 74 nr. 8, 9. — Ihre Ausbildung aber hat diese Lehre mit Beziehung auf c. 10 X. cit. erst durch Leyser: Medit. II. 71 m. 15 erhalten, der sich nur unpassender Weise auf Martinus Uranius: Lect. ad c. cum a nobis X. de test. nr. 24 (adj. Tract. Farinacii de testibus, p. 95) beruft.

85) Auf diesen Gesichtspunct, nicht auf die Unterzeichnung des Protocolls die ganz irrelevant ist, wird die Ansicht von Berger: Oecon. jur. IV. 6 nr. 9,

aber spricht, daß die der Abfassung des Protocolls vorausgegangene mündliche Verhandlung das Entscheidende ist, die Genehmigung also nicht den Character einer Disposition, sondern den eines Geständnisses von Thatsachen hat, und daß solche Geständnisse, wenn sie sich nicht auf gerichtliche Behauptungen des Proceßgegners beziehen, den Gegenbeweis zulassen.[86] Wie ein Versehen des Actuars bei Aufnahme des Protocolls, so ist auch ein Versehen der Parteien bei Genehmigung desselben denkbar.[87] Dabei kann der Unterscheidung, welche manche Juristen zwischen directem und indirectem Gegenbeweise, d. h. zwischen dem Beweise des Gegentheils des Niedergeschriebenen und dem einer bloßen Unvollständigkeit (omissio) haben aufstellen wollen,[88] nicht die geringste Berechtigung zugestanden werden.[89] Denn da das Protocoll alles Verhandelte aufnehmen soll, so ist das nicht Aufgenommene auch als nicht verhandelt anzusehen.[90] Allerdings aber ist rücksichtlich der Stärke des Beweises ein Unterschied zu machen. a, Kommt es nämlich nur auf die Beseitigung einer protocollarischen Bemerkung an, z. B. der, daß das Protocoll verlesen und genehmigt, oder daß auf ein Rechtsmittel verzichtet worden sei, so ist nichts weiter als voller Beweis erforderlich. Wenn dagegen b. das Protocoll nicht bloß als unrichtig dargestellt, sondern auch berichtigt werden muß, damit die sich für verletzt haltende Partei zum Ziele gelange, so wird ein überwiegender Beweis durch wenigstens drei vollgültige Zeugen oder andere Beweismittel von gleicher Stärke erfordert.[91] Das Zeugniß der bei der protocollarischen Verhandlung

---

Hommel: Rhaps. obs. 20 und Biener: Syst. proc. jud. I. §. 27 not. 7 zurückzuführen sein, daß das von den Parteien unterzeichnete Protocoll nicht angefochten werden könne.

86) Vgl. §. 22 Note 8 mit §. 19. 1.

87) Vgl. Wernher: Obs. for. V. 218, Schaumburg: Principia prax. jur. jud. I. 2 §. 17, Hofacker: Principia jur. civ. III. §. 4256 e, Glück: Commentar VI. S. 456, Danz: Grundsätze §. 45 Note f, Linde: Lehrbuch §. 84.

88) Nach der Ansicht von Lotz a. a. O. S. 88 fg., Globig: Censura rei judic. II. p. 87 und Linde a. a. O. §. 84 soll der directe Gegenbeweis ganz unzulässig sein, der indirecte dagegen durch zwei Zeugen geführt werden können.

89) S. die Ausführung bei Strippelmann a. a. O. VI. S. 194 fg.

90) Vgl. Gaill: Obs. I. 134 nr. 15 und die hier Citirten.

91) Dieser überwiegende Beweis darf aus c. 10. X. cit., welches nur einen dem producirten Notariatsinstrument gleichstehenden Gegenbeweis fordert, nicht abgeleitet werden; er beruht in der aufgestellten Unterscheidung auf der Natur der Sache, und wird von der Praxis, jedoch ohne Berücksichtigung jenes Unterschiedes, ziemlich allgemein anerkannt. Cf. Leyser l. c. II. 71 m. 15,

thätig gewesenen richterlichen Personen möchte sich zu diesem Beweise, falls sie kein Verschulden trifft,[92] vor allen anderen Beweismitteln eignen.[93] Wogegen der Eid um deswillen nicht allgemein anwendbar ist, weil die Anfechtung des Protocolls sachlich auf einen Gegenbeweis hinausläuft.[94] Die Zuschiebung des Eides an den Proceßgegner kommt daher nur in dem zweiten der oben aufgestellten Fälle (unter b.) in Betracht, als Mittel den bereits voll erbrachten Beweis in der erforderlichen Art zu verstärken, und eben hierzu läßt sich auch der nothwendige Eid benutzen.[95] Dieser aber findet auch in dem ersten Falle (unter a.) Statt. Ist der Beweis nicht vollständig gelungen, so muß das immerhin geschwächte Protocoll durch einen nothwendigen Eid entweder vollends entkräftet, oder in seiner ganzen Kraft wiederhergestellt werden.[96]

Die Ueberweisung gewisser im Schreiberamt liegenden Geschäfte an besondere Beamte (Registratoren, Cancellisten) hat keine gemeinrechtliche Bedeutung.

Struben: Rechtl. Bedenken II. 52 §. 2, Hommel l. c. obs. 20 (nur in Beziehung auf omissa), Hofacker l. c. III. §. 4256 not. d, Glück: Commentar VI. S. 454, Danz a. a. O. §. 45, Martin: Lehrbuch §. 191 Note m, Strippelmann a. a. O. S. VI. 217, 220. Ueberall nicht mehr als vollen Beweis fordert Claproth: Einleitung §. 49 nr. 22.

92) Zu weit gehen die von Strippelmann a. a. O. VI. S. 220 fg. mitgetheilten Erkenntnisse des O. A. Gerichts zu Cassel, nach denen die richterlichen Personen zum Zeugniß untauglich sein sollen, „weil die unrichtige Aufnahme des Protocolls ein Verschulden von ihrer Seite begründen würde."

93) Bestritten ist, ob das Zeugniß des Richters als öffentliches gelte — Struben a. a. O. II. 52 §. 1, Glück a. a. O. VI. S. 455 —, oder ob es dem eines Privatmanns gleich zu achten sei — Leyser l. c. II. 71 m. 7 —. Für die erste Ansicht ist entscheidend, daß der Richter die Wahrnehmungen, die er vor Gericht macht, vermöge seines Amtes, also in öffentlicher Eigenschaft macht. Gleicherweise erklärt er sich über dieselben unter Beziehung auf seinen Amtseid, ohne specielle Beeidigung. Vgl. auch Gaill l. c. I. 134 nr. 17, 18, Mevius: Decis. V. 24.

94) A. M. sind Wernher: Obs. for. I. 12, Berger: Electa disc. for. ad tit. 18 obs. 3, Struben a. a. O. II. 52 §. 2, Glück a. a. O. VI. S. 456 und die hier Citirten. Siehe aber Hommel l. c. obs. 20, Claproth a. a. O. §. 49 a. E., Danz a. a. O. §. 45, Strippelmann VI. S. 221.

95) Hommel l. c. obs. 20, Struben a. a. O. II. 52 §. 2, Glück VI. S. 454.

96) Diese Anwendung fällt nicht mit der Entscheidung des O. A. G. zu Cassel zusammen, welches nach Strippelmann VI. S. 221 den Reinigungseid zuläßt, wenn durch Zeugen mehr als halber Beweis erbracht worden ist, was da, wo ein überwiegender Beweis nothwendig ist, keine Billigung verdient. In diesem Fall bedarf es nach der Consequenz der gemeinen Meinung überhaupt der Ausgleichung zwischen der fides protocolli und dem dagegen versuchten unvollständigen Beweis nicht — cf. Leyser l. c. II. 71 m. 14, Hofacker: Principia III. §. 4256 not. d, Claproth a. a. O. §. 49 a. E. —, vielmehr hat nur der durch zwei unverdächtige Zeugen geführte Beweis die Auflegung des jur. necessarium zur Folge.

III. Was endlich den **Gerichtsdiener** [97] (Gerichtsboten, Büttel oder Bidell) anbelangt, so kommt derselbe mit mehr oder minder klar erkennbarer Aufgabe und Stellung in mehreren alten Volksrechten, bei den Burgundern als wittiscalcus, bei den Longobarden als publicus, bei den Westgothen als sajo, und unter eben diesem Namen auch noch in fränkischer Zeit in den altwestgothischen Gebieten des Frankenreichs (in Septimanien und der spanischen Mark) vor. Wogegen sonst im Frankenreiche der Graf sich zur physischen Vollstreckung seines Willens in gerichtlichen, wie in polizeilichen Sachen unfreier Schergen (milites, custodes, apparitores, lictores, satellites) bediente, welche keine Gerichtspersonen waren, und nur insofern in einer Art von Beziehung zum Gerichte standen, als sie wie dem Grafen, so in Unterordnung unter den Grafen speciell dem Centenar (tribunus militum) untergeben waren, und dieser wohl nicht ohne Zusammenhang mit seiner Angehörigkeit an das Gericht die Vollstreckung der peinlichen Strafurtheile und der Civilerkenntnisse zu leiten hatte. Für einzelne gerichtliche Handlungen betraute der Graf auch wohl einen Beisitzer des Gerichts mit dem Amt eines Gerichtsboten. [97a] Im eigentlichen Deutschland aber erscheint das Amt des Gerichtsdieners zur Zeit der Rechtsbücher und später in ganz bestimmter Ausbildung. Der Gerichtsdiener (Fronbote, Bote, Bodel, Büttel oder Gebüttel, Pedell, budellus, Weibel, Scherge, Knecht, Vogt oder Nachvogt, Richter, Amtmann u. s. w.) ist der Arm des Richters, ist ein im Dienste des Richters als solchen stehendes Werkzeug. Auf richterlichen Befehl besorgt er die nöthigen Ladungen, Insinuationen, Verhaftungen und Executionen, ruft während der Sitzung die Parteien, Zeugen, Sachverständigen auf, und vollzieht überhaupt Alles, was der Richter zum Zweck der Verhandlungen oder zur Handhabung der Ordnung zu verfügen für gut findet. Daneben weisen ihm zwar die Rechtsbücher in manchen Beziehungen eine selbständige Stellung an, er muß, damit das Gericht gehörig besetzt sei, an der Dingstatt zugegen sein, wird in formalen Dingen um das Recht gefragt, ist unter Umständen der Vertreter des Richters, und kann

---

97) Vgl. Jo. Fr. Hoepfner: Diss. de nuntiis judicialibus, Erf. 1724.

97a) Vgl. über das Vorstehende Maurer a. a. O. (Note 47) §. 14, 61, Grimm: Deutsche R. A. S. 765 fg., Bethmann-Hollweg: Der germ. rom. C. Pr. im M. A. I. S. 171, 195, 223, 362, II. S. 31, und über das fränkische Recht besonders Sohm a. a. O. I. S. 531 fg. (sowie S. 234 fg., 257, 258).

über das vor Gericht Verhandelte Zeugniß ablegen.[98] Allein seit Einführung des fremden Processes ist hiervon nicht mehr die Rede,[99] nur die erstgenannte Seite seiner Functionen steht unverändert noch jetzt in Kraft. Und da er wie damals bei Antritt seines Amtes schwören muß, daß er „Nichts sage als das die rechte Wahrheit sei,"[100] so nimmt die Praxis nach dem Vorgang der italienischen Juristen[101] an,[102] daß die von ihm zu den Acten gegebenen[103] Relationen über das, was er in Ausführung richterlicher Befehle außergerichtlich gethan oder wahrgenommen, öffentlichen Glauben verdienen, wennschon den Gegenbeweis nicht ausschließen.[104]

---

98) Vgl. Maurer a. a. O. §. 104—107, Grimm a. a. O. S. 765 fg., und diesen §. Note 54.

99) Was seinen Grund in der materiellen Verschiedenheit des neuen Proceßrechts hat, nicht etwa in der Aufnahme der Bestimmungen, welche das R. R. über die Hülfsbeamten der Magistrate aufstellt. Diese sind zur Anwendung unter ganz verschiedenen staatsrechtlichen Verhältnissen nicht geeignet, und in der That niemals aufgenommen worden. Vgl. über dieselben Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. §. 78, III. §. 142.

100) Schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 106 §. 2 und dazu Maurer a. a. O. §. 107 Note 66, 67. Vgl. auch R. G. O. von 1555 I. 84, Dep. A. von 1600 §. 104, Conc. der R. G. O. von 1613 I. 84.

101) Schon nach sächs. Ldr. I. 8 §. 2, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 12 §. 2 steht des Fronenboten Zeugniß dem zweier Männer gleich — vgl. auch Grimm a. a. O. S. 767 —. Was die ital. Doctrin anbelangt, so vgl. gl. citationes] ad c. 11 X. de probat., gl. suus nuntius] ad c. 19 X. de appell., Gratia: De jud. ord. I. 4 §. 1, Durant. II. 1 de citat. §. 4 nr. 6, Joa. Andreae in add. quoniam] ad h. l., Bart. ad l. 1 §. 11 D. de off. praef. urbi nr. 2, in gl. per nuntium] ad extrav. Henrici VII. Ad reprimendum, Baldus in c. 1 Feud. de milit. vasal. qui est cont. (2, 22) nr. 10, Panormit. in c. 19 X. de appell. nr. 4, Ludov. Romanus: Cons. 497 nr. 5, Alex. Tartagnus: Cons. III. 2 nr. 7, Jason de Mayno in tit. I. de act. §. 25 nr. 19, 20, Rob. Maranta: Spec. aur. VI. de citat. nr. 53.

102) Mynsinger: Sing. obs. V. 51 nr. 2, Gaill: Obs. I. 54 nr. 4, 134 nr. 18, Carpzov: Defin. III. 3 d. 17 nr. 9, Mevius: Decis. IV. 269, 294, 328, Hoffmann: Teutsche Reichspraxis I. §. 155, Danz: Grundsätze §. 48.

103) Gaill l. c. I. 54 nr. 7 (wo sich auch Nachweisungen über die ital. Doctrin finden), Mevius l. c. IV. 294 not. 2, Hofmann a. a. O. I. §. 155, — R. G. O. von 1495 tit. 7 §. 1, von 1555 I. 38 §. 5, Conc. der R. G. O. von 1613 I. 51 §. 4.

104) Maranta l. c. VI. de citat. nr. 53, Mevius l. c. IV. 294, Pufendorf: Introd. in proc. civ. II. 2 §. 34, Hofmann a. a. O. I. §. 155.

Von der äußeren Organisation der Gerichte oder der objectiven Competenz.

§. 37.

In jedem Staate gibt es nur eine Gerichtsbarkeit.[1] Während aber durch die Einheit der Gerichtsbarkeit die Einheit der Rechtspflege postulirt zu werden scheint, können doch ausgedehntere Staaten und verwickeltere Verhältnisse nicht ohne eine Mehrheit von Gerichten bestehen. Bei der Organisation des Gerichtswesens machen sich mithin widerstreitende Gesichtspuncte geltend, und um diese in Einklang zu bringen, hat man in Deutschland folgendes Auskunftsmittel getroffen. Man hat ein höchstes Gericht an die Spitze gestellt, und demselben andere Gerichte untergeordnet, welche wieder in höhere und niedere, d. h. mit Rücksicht auf jenes, in Mittel- und Untergerichte zerfallen. Das höchste Gericht, zur Zeit des Reichs also das R. K. Gericht und der R. H. Rath, und seit der Auflösung des Reichs das für je ein oder mehrere Territorien angeordnete Oberappellationsgericht ist vorzugsweise Rechtsmittelinstanz. Die mittleren Gerichte bilden für manche Sachen gemeinrechtlich die erste Instanz, ihre Hauptaufgabe aber geht wiederum dahin, über die gegen die niederen Gerichte erhobenen Beschwerden zu erkennen, und je eines von ihnen ist deshalb immer über mehrere niedere Gerichte gesetzt. Indem sonach die Entscheidungen der Untergerichte bei dem ihnen übergeordneten höheren, und die Entscheidungen der höheren Gerichte bei dem höchsten können angefochten werden, ist genügend dafür gesorgt, daß die Verschiedenheit der juristischen Auffassung weder zu Widersprüchen in der Rechtsanwendung, noch zu wirklichen Conflicten unter den Gerichten führe. Mehr als drei Instanzen kommen heut zu Tage in der deutschen Gerichtsorganisation wohl nicht vor. Die Nothwendigkeit eines Gerichts dritter Instanz aber wird allerdings durch Art. 12 der B. A. vom 8. Juni 1815 in allen deutschen Bundesstaaten vorausgesetzt.

Insofern nun die höheren Gerichte Rechtsmittelinstanzen sind, kann unmittelbar vor ihnen kein Proceß anhängig gemacht werden, und wenn daher die weitere Frage aufgeworfen wird, nach welchen Grundsätzen der Geschäftskreis der einzelnen Gerichte, die

---

1) Daß dieser Satz auch noch für die im neuen deutschen Reiche vereinigten Staaten gilt, ist in §. 33 a. E. nachgewiesen worden.

Competenz im objectiven Sinne, regulirt sei, so sind nur diejenigen ins Auge zu fassen, welche auf Klagen, nicht die, welche auf Beschwerden zu erkennen haben. An diese Gerichte muß die Gesammtheit der denkbaren Klagen so vertheilt sein, daß es für keine an einem competenten Gerichte mangelt; das Princip der Theilung also muß ein universelles sein. Und da sich nun für alle Klagen örtliche Beziehungen nachweisen lassen, nach dem Wohnort des Verklagten, dem Gegenstand des streitigen Rechts, dem Executionsobject u. s. w., so hat man das ganze Staatsgebiet in Gerichtssprengel eingetheilt und die in die einzelnen Sprengel gehörigen Sachen je einem besonderen Untergerichte zugewiesen. Auf den Unterschied zwischen landesherrlichen, Stadt- und Patrimonialgerichten kommt hierbei Nichts an. Dadurch sind zunächst die ordentlichen, d. h. die mit einer regelmäßigen Competenz versehenen Gerichte hergestellt.[2]

Außerdem aber sind aus der eigenthümlich deutschen Gestaltung der Standes-, Berufs- und Lebensverhältnisse und der innerhalb derselben ausgebildeten oder auf sie bezüglichen particulären Rechtsnormen Gerichte hervorgegangen, deren Geschäftskreis nothwendig den der ordentlichen Gerichte beschränken und also auch auf einem anderen Princip als dieser beruhen muß, wennschon er in secundärer Weise gleichfalls geographisch begrenzt sein sollte. Sie können Ausnahmsgerichte, judicia particularia,[3] genannt werden, und sind zum Theil für Personen bestimmt, die sich durch ihren Stand oder durch einen in der Gemeinsamkeit des Berufs gegründeten engeren Zusammenhang auszeichnen, zum Theil für Sachen, welche eine besondere Wichtigkeit haben, oder einer besonderen Sphäre des Rechtslebens angehören. Daß einige dieser Gerichte mit ordentlichen Gerichten zusammengelegt sind, ist kein Grund, ihre Existenz zu bestreiten.

I. Unter den Ausnahmsgerichten mit persönlich bestimmter Competenz haben

---

2) Judices ordinarii kennt auch das R. R. Sie sind Localbeamte als ordentliche Richter erster Instanz, und stehen den judices sacri entgegen, welche die Gerichtsbarkeit des Kaisers an dessen Statt ausüben. Vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C.-Pr. III. S. 44 fg., S. 179. Vgl. auch Kämpfe a. a. O. S. 12 fg.

3) Dies war die früher ganz gewöhnliche Bezeichnung, welche dem neuerdings gangbareren Ausdruck forum privilegiatum deshalb vorgezogen wird, weil forum in dieser Zusammensetzung gleichbedeutend ist mit „Gerichtsstand". Ausnahmsgerichte kommen übrigens auch im R. R. vor. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. III. §. 133 Note 43 fg., §. 134, 135, 138, 139.

1. diejenigen, **welche** auf dem **bevorzugten** Stande der ihnen **untergebenen** Personen **beruhen**, die **Gerichte** der **Schriftsässigen** (Canzleisässigen, Eximirten) schon in der geschichtlichen Darstellung der deutschen Gerichtsverfassung eine allgemeine Erwähnung gefunden, indem dort gezeigt worden ist, wie sich die Ritterbürtigen von den Centgerichten absonderten und in Gemeinschaft mit den Ministerialen als niederer Adel ihren Gerichtsstand vor dem Hofgericht erhielten, nicht bloß unter Voraussetzung eines zur Ausübung der ständischen Rechte befähigenden Grundbesitzes, sondern wegen der Geburt als solcher.[4] Das Hofgericht hatte das Besondere, daß es das Organ der vom Landesherrn persönlich oder durch einen unmittelbaren Vertreter ausgeübten Gerichtsbarkeit war, und es verstand sich daher von selbst, daß als später ein anderes Gericht, namentlich die landesherrliche Canzlei, in die gleiche Stellung eintrat, auch ihm gegenüber das Vorrecht der Ritterbürtigen zur Geltung kam. Mit der Entwickelung der ständischen Verhältnisse aber dehnte sich dieses Vorrecht auf die Rittergüter in Betreff der unmittelbar auf sie bezüglichen Klagen, auf die nicht adligen Besitzer von Rittergütern (wenigstens da, wo deren Besitz an sich die Rechte der Standschaft verlieh),[5] auf die städtischen Corporationen,[6] die Bürgermeister,[7] — sowie zufolge der Gleichstellung der persönlichen Würdigkeit mit der Geburt auf

---

4) S. §. 33 Note 250—252.

5) Auf den Zusammenhang mit der Landtagsfähigkeit macht besonders aufmerksam J. God. **Bauer**: De foro schriftsassiatus realis (in Opusc. acad. I. p. 481). Außerdem vgl. G. A. **Struv**: De schriftsassiis, Jenae 1677, **Hommel**: Rhaps. VI. obs. 732, Chr. G. **Biener**: De schriftsass. pers. ex re praediove comp. (in Opusc. acad. II. p. 84), **Pufendorf**: Obs. III. 103, **Runde**: Grundsätze §. 409, **Danz**: Handbuch des heutigen d. Pr. R. IV. §. 394, 409, **Kamptz**: Handbuch des Mecklenb. C. Pr. §. 13 Note 7, 9, **Francke**: Der gem. deutsche und schleswig-holst. C. Pr. I. §. 62. — In manchen Ländern jedoch, namentlich in denen des nicht-sächsischen Rechts ist zwar die Schriftsässigkeit der Rittergüter, nicht aber die ihrer Besitzer als solcher anerkannt. Vgl. **Kopp**: Nachrichten II. §. 226, **Kreittmayr**: Anmerk. über den Cod. jur. bavar. jud. I. §. 11. a. Und in manchen Gegenden Deutschlands (Sachsen) kommen neben den schriftsässigen Rittergütern auch **amtssässige** vor, gewöhnlich von geringerem Umfang. Vgl. W. **Leyser**: De Landsassiis itemque Schriftsassiis et Amtssassiis (in Fritschii Exerc. jur. publ. II. p. 85), J. G. **Bauer**: De lands. et foro amtssass. (in Opusc. acad. I. p. 385).

6) **Westphal**: Deutsches Pr. R. I. 9, **Kopp**: Nachrichten II. §. 227, **Kamptz** a. a. O. §. 13 Note 13, **Runde** a. a. O. §. 431, **Danz** a. a. O. IV. §. 431, **Eichhorn**: Einleitung §. 374. Es gibt übrigens auch **amtssässige** Städte. Vgl. **Runde** a. a. O.

7) **Kopp** a. a. O. II. §. 227, **Hommel**: Rhaps. VI. obs. 731 p. 119, **Kamptz** a. a. O. §. 13 Note 19, **Claproth**: Einleitung I. §. 40 Note i.

die Doctoren der Rechte,[8] mitunter auf die litterati schlechthin,[9] auf die landesherrlichen Diener (bald in weiteren, bald in engeren Grenzen),[10] und in neuerer Zeit nach Aufhebung der kirchlichen Jurisdiction auch auf die Geistlichen aus.[11] Den im J. 1806 und seitdem mittelbar gewordenen ehemaligen Reichsständen und Reichsangehörigen wurde durch Art. 14 der B. A. der gleiche Gerichtsstand ausdrücklich garantirt. Ebenso steht derselbe natürlich den Gliedern der regierenden Häuser zu,[12] und auch vom Landesherrn wird er sowohl für seine Privatangelegenheiten, als für fiscalische Sachen anerkannt.[13] Jedoch hat man dieses Privilegium, welches mit einem Ausdruck des sächsischen Rechts „Schriftsässigkeit" genannt zu werden pflegt,[14] neuerdings in vielen Ländern, soweit nicht die B. A. und die dadurch bedingte Rücksicht auf den Landesherrn und dessen Familie im Wege stand, der s. g. Gleichheit vor dem Gesetze zu Liebe aufgehoben.

Mannichfaltiger sind

2. die Gerichte, welche ihre Grundlage in dem gemeinsamen Lebensberuf der ihnen unterworfenen Personen haben. Das, was hier als ein Gemeinsames bezeichnet wird, ist nicht wie der Stand eine Mehreren in gleicher Art zukommende Eigenschaft, sondern das Ferment, welches eine Mehrheit von Personen zur selbständigen Genossenschaft (oder Gemeinde) constituirt, und sie als solche unter besondere Rechtsvorschriften,

---

8) S. §. 33 Note 179.

9) Vgl. beispielsweise Kreittmayr a. a. O. I. 11. a, Kopp a. a. O. II. §. 227, Kamptz a. a. O. §. 13 Note 21, Francke a. a. O. I. 62.

10) Vgl. Stryk: De foro ministorum principis (in Diss. jurid. Hall. I. 7), Leyser: Medit. II. 79 m. 1, 2, J. G. Bauer: De schriftsass. pers. (in Opusc. acad. I. p. 463), Hommel l. c. VI. obs. 731, Kreittmayr: a. a. O. I. §. 11. b, c, Kopp a. a. O. II. §. 227, Malblanc: Conspectus rei jud. §. 167, Glück: Commentar VI. S. 422 fg., Kamptz a. a. O. §. 13 Note 14—18, Francke a. a. O. I. §. 62. — Man bezog sich früherhin gewöhnlich auf l. 3 C. ubi senat. (3, 24), l. 3 C. de praepos. sacri cub. (12, 5), l. 4 C. de silent. (12, 16), l. 4 C. de agent. in reb. (12, 20), l. 2 C. de decan. (12, 27).

11) S. §. 32 Note 30.

12) Vgl. Seuffert: Archiv I. 273.

13) Hierüber vgl. §. 39 Note 3 fg.

14) In Sachsen unterschied man die auf Canzleischrift und die auf Amtsschrift Sitzenden. An jene ergingen die landesherrlichen Befehle in Form von landesherrlichen Briefen, an diese durch Vermittelung der Aemter. Der Ausdruck „Schriftsässige" beruht demnach auf einer nicht ganz passenden Abkürzung. Vgl. Chr. G. Biener: De origine schriftsassiorum et amtssassiorum praecipue in Saxonia §. 3. (in Opusc. acad. II. p. 57). In Baiern waren von gleicher Bedeutung die „Freigerichtsgesessenen", in Pommern die „Schloßgesessenen".

sowie deshalb auch unter besondere Gerichte stellt. Die Ausnahmsstellung, um welche es sich dabei handelt, beruht sonach auf dem öffentlichen Interesse, und bezweckt für die Einzelnen nicht sowohl eine Begünstigung und ein Vorrecht, als eine Pflicht zu begründen. Der individualisirende Bildungstrieb des Mittelalters hat solche Gerichte in großer Zahl geschaffen, von denen einige dem gemeinen Rechte, andere den Particularrechten angehören. Indeß sind die letzteren, obschon sie sich zum Theil an gemein-deutsche Institutionen anlehnen, hier zu übergehen;[15] zu den ersteren aber gehören, abgesehen von den überhaupt nicht aus der Staatsgewalt entsprungenen und heut zu Tage erloschenen kirchlichen Gerichten in ihrer Anwendung auf die persönlichen Rechtssachen der Cleriker, die academischen und die Kriegsgerichte.

a. Die academischen Gerichte[16] werden gewöhnlich auf ein Gesetz des Kaisers Friedrich I., die auth. Habita C. ne filius pro patre, zurückgeführt, welches in Beziehung auf Bologna den verklagten Scholaren die Wahl einräumte, entweder von ihrem Lehrer (domino vel magistro suo) oder von dem Bischoff gerichtet zu werden, und augenscheinlich an eine für die Rechtsschule zu Berytus von Justinian gegebene Vorschrift anknüpfte, nach der eine gewisse Disciplinargewalt über die Schüler von dem Präses der Provinz, dem Bischoff und den juristischen Professoren ausgeübt werden sollte. Diese beschränkte Aufsicht verwandelte Friedrich I. mit Rücksicht auf die Hülfsbedürftigkeit der Scholaren in eine allgemeine Gerichtsbarkeit, und überging den Präses, der auf Bologna nicht paßte, ohne die Gerichtsbarkeit der Stadtobrigkeit aufzuheben. Allein die Gerichtsbarkeit des Bischoffs und der Professoren war keine der Universität zustehende; eine solche kam in Bologna erst gegen das Ende des 12. Jahrhunderts auf, als die Studirenden anfingen, aus ihrer Mitte Rectoren zu wählen und dieselben mit einer genossenschaftlichen Gerichtsbarkeit zu bekleiden.[17]

---

15) Dahin gehören z. B. das Hofmarschallsgericht als das Gericht über die Hofdiener (vgl. Fr. C. von Moser: Teutsches Hofrecht, Bd. II. Cap. 12, Malblanc l. c. §. 130), die Berggerichte, wenn und soweit ihnen, wie in Sachsen, die volle Jurisdiction über die Bergleute zustand (vgl. Biener: De jurisd. metall. §. 2, in Opusc. acad. I. p. 380), die Gewette, welche in norddeutschen Städten die Jurisdiction über die Zunftgenossen hatten, u. s. w.

16) Ueber die Geschichte der acad. Gerichtsbarkeit ist zu vgl. Meiners: Geschichte der Entstehung und Entwickelung der hohen Schulen II. S. 50 fg., Savigny: Gesch. des R. R. im M. A. III. an verschiedenen Stellen. — Die ältere Litteratur findet man bei Malblanc: Consp. rei jud. §. 128.

17) Vgl. Savigny a. a. O. III. S. 168—177.

Man gründete diese Gerichtsbarkeit auf eine Stelle des Codex,[18] nach welcher sich die Gewerbetreibenden unter keinerlei Vorwand dem ihrem Gewerbe etwa vorgesetzten Richter entziehen sollen. Sie erstreckte sich über die Studirenden, Professoren und Universitäts-Verwandte (suppositi universitati),[19] war aber in Criminalsachen auf geringere Straffälle und in Civilsachen insofern persönlich beschränkt, als zwar der der Universität angehörige Verklagte sich jederzeit vor dem Rector einzulassen, der Kläger jedoch nur wenn er gleichfalls zur Universität gehörte, auch dort zu klagen verpflichtet war.[20]

Ebenso oder ähnlich verhielt es sich mit den übrigen italienischen Universitäten.[21] Die deutschen dagegen, welche im 14. und 15. Jahrhundert gestiftet wurden, nahmen in Betreff der Verfassung die Universität von Paris[22] zum Vorbild, indem sie die Wahl des Rector dem Corpus der ordentlichen Lehrer in die Hände legten und den Studirenden die Stellung von abhängigen Gliedern gaben.[23] Ihre Gerichtsbarkeit aber ging von Anfang an nicht nur über die rein disciplinare der Pariser Universität,[24] sondern selbst über die ihr im Princip verwandte Gerichtsbarkeit von Bologna hinaus. In den gleichen persönlichen Grenzen wie diese umfaßte sie die Civilsachen schlechthin, und wenigstens regelmäßig auch alle Criminalsachen ohne Rücksicht auf den Ort des begangenen De-

18) L. ult. C. de jurisd. (3, 13). Vgl. Bartolus ad auth. Habita, Baldus ibid. nr. 56, 57.

19) Nach den Statuten von Bologna gehörten zu den Schutzverwandten der Universität, wenn sie ihr Treue gelobt hatten, die Handwerker, welche durch ihr Geschäft vorzugsweise an die Universität gewiesen waren, z. B. Buchbinder, Abschreiber (an deren Stelle heut zu Tage die Buchhändler getreten sind), ferner die Bücherverleiher, die Diener der Scholaren, und die zur Betreibung von Pfandgeschäften auctorisirten Kaufleute. Vgl. Savigny III. S. 186. Im Ganzen ist dies auch der heutige Begriff der Universitätsverwandten, der jedoch mitunter etwas ausgedehnter ist. Die Beamten der Universitäten sind Mitglieder derselben, und die Unterordnung der Familien aller im academischen Verband stehenden Personen unter die Universität beruht auf einer allgemeineren — s. unten §. 40 Note 53 — Regel. Ueber das Geschichtliche vgl. Meiners a. a. O. III. c. 10.

20) Savigny III. S. 181—199.

21) Das die Gerichtsbarkeit Betreffende findet sich bei Savigny III. S. 285—286 (Padua), 306 (Pisa), 312 (Vercelli), 315 (Arezzo), 319, 321 (Rom), 324 (Neapel), 336 (Turin).

22) Ueber die Verfassung der Pariser Universität vgl. Savigny III. S. 339—354.

23) Vgl. Savigny III. S. 157—159, Krabbe: Die Univ. Rostock im 15. und 16. Jahrh. 1. S. 8—18. Das Einzelne behandelt Meiners a. a. O. I. S. 66 fg.

24) Ueber diese s. Savigny III. S. 355—359.

licts.[25] Man unterstellte dabei, daß die Universität durch ihre wissenschaftliche Aufgabe die lehrenden und lernenden Glieder zu einer engen sittlichen Gemeinschaft verbinde, und um diese rein zu erhalten, nicht ohne den Besitz der vollen richterlichen Gewalt bestehen könne.[26] Unter denselben Bedingungen wurden dann auch andere Universitäten gegründet, und einige der älteren und neueren haben die Gerichtsbarkeit in dem bezeichneten Umfang bis auf den heutigen Tag behauptet. Hatte man aber schon in früherer Zeit hie und da die unbeschränkte Hingabe der Jurisdiction für bedenklich gehalten, so darf es nicht wundern, daß späterhin die Competenz der Universitätsgerichte immer gewöhnlicher auf Civilsachen, geringere (Polizei-) Vergehen und die eigentliche Disciplin eingeengt,[27] sowie seit Anfang dieses Jahrhunderts in Beziehung auf die Professoren, Lehrer, Beamte und Verwandte der Universitäten in den meisten Ländern ganz ausgeschlossen wurde. Vor weiteren Beschränkungen aber hätte man sie billig bewahren sollen. Die Disciplin, welche allein die Reichs-Justizgesetze den Universitäten übrig lassen, wird sehr wenig bedeuten, wenn sie darauf verzichten muß, die Studirenden in allen ihren sittlichen Bezügen nach dem Maaßstab einer höheren Ehre zu beurtheilen, von welcher ihr Leben dem wissenschaftlichen Beruf entsprechend bis dahin traditionell beherrscht worden ist. In Civilsachen aber läßt sich ganz abgesehen von dem disciplinaren Gesichtspunct eine besondere Behandlung schon deshalb schwer entrathen, weil die Studirenden größtentheils minderjährig oder Haussöhne und mit ausreichenden Executionsobjecten nicht versehen sind.[28]

Die academische Gerichtsbarkeit ist dem Rector verliehen und

---

25) Vgl. Meiners a. a. O. II. S. 113 fg., wo sich auch Beispiele finden, daß die peinliche Jurisdiction in gewissem Maaße dem Canzler der Universität verliehen war. Daß übrigens die älteren Schriftsteller (vgl. Malblanc l. c. §. 128 not. d) irrten, wenn sie aus der auth. Habita eine Präsumtion für die Criminaljurisdiction der Universitäten ableiteten, ergibt sich aus dem oben zu Note 17 Bemerkten.

26) S. was Krabbe a. a. O. S. 77 vom Geist des mittelalterlichen Lebens sagt.

27) Nachweisungen finden sich bei Meiners II. S. 118 fg. Vgl. auch Schmalkalder: De jurisd. acad. privilegiata, Tub. 1746 §. 19, Meister: Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrtheit S. 409 fg., Kopp: Nachrichten II. §. 227 Note r.

28) Diese Gesichtspuncte sind neueren Angriffen gegenüber weiter ausgeführt von Wetzell: Bedenken gegen die Aufhebung der academischen Gerichtsbarkeit, Marb. 1848, Herrmann in Holtzendorff's Allg. d. Strafrechtszeitung VIII. (1868) S. 144—153.

wird von ihm unter Mitwirkung des Senats oder einer Senatsdeputation, in neuerer Zeit auch mitunter von einem Justitiarius, dem Universitätsrichter, ausgeübt. Die Appellationsinstanz pflegt in Civilsachen das höchste Gericht des Landes zu bilden.

b. Die Kriegsgerichte[29] haben, insofern sie für alle rechtlichen Beziehungen der Soldaten competent sind, einen verhältnißmäßig späten Ursprung. So lange die Nation selbst in ihren streitbaren und kriegspflichtigen Bestandtheilen das Heer darstellte, waren unter dem Könige und dessen Vertreter die ordentlichen Friedensobrigkeiten zugleich die Führer im Kriege.[30] Während jener aber an jedem Ort der höchste Richter war, stand diesen die richterliche Gewalt über ihre mitausgezogenen Leute in engeren Schranken als zu Hause zu. Denn alle unteren Gerichte wurden durch die Gegenwart des Königs niedergelegt,[31] und selbst auf dem Zuge zum Heer oder auf entfernteren Posten konnte der Graf, weil außerhalb des Gaues, nicht unter Königsbann, sondern nur in minder wichtigen Sachen richten.[32] Deshalb tritt in den Volksrechten und Capitularien, welche so zahlreiche Bestimmungen über die Mannszucht und militärische Vergehen enthalten,[33] die

29) Vgl. Justin Gobler: Spiegel der Rechten, 10. Theil, von Kriegen und Kriegsrechten, fol. 221—242 der Ausg. von 1552, Bernh. Fronsperger: Von kaiserlichen Kriegsrechten, Frankf. a. M. 2. Aufl. 1566, Adam Jungkhanß von der Olßnitz: Kriegsordnung zu Wasser und zu Land, Cölln 1586, 1590, Voëtius: De jure militari lib. sing. Ultraj. 1670, Francof. et Lips. 1758, Bardili: Disp. de judicio militum privil. Tub. 1677, Schroeter: Diss. de auditoribus, Alt. 1678, Caspar von Stieler gen. Spate: Der Kriegsauditeur, Nürnb. 1683, Flamitzer: Kriegsgerichts-Schultheiß-Spiegel, Nürnb. 1688, Ludovici: Einleitung zum Kriegsproceß, Halle 1714 u. öfter, Bayer: Disp. de judicio militum privilegiato, Alt. 1709, Knorre: Einleitung zum Kriegsproceß, Halle 1738, und (unter dem Titel: Gründliche Anleitung zum Kriegsproceß) 1754, Bynkershoek: Diss. de foro militum in causa delicti et in causa debiti (in Quaest. jur. priv. Lugd. Bat. 1752 I. p. 140 sequ.), Ayrer: Diss. de foro militis delinquentis, Gott. 1762.

30) D. h. als Oberfeldherr der König oder wen derselbe ernennt — Waitz: Deutsche V. G. 2. Aufl. II. S. 387, 531 —, unter ihm die Grafen — Waitz II. S. 371 — und seit dem 8. sec. die Senioren — Roth: Gesch. des Beneficialwesens S. 354—358, Walter: Deutsche R. G. §. 135 —.

31) Vgl. §. 33 Note 151.

32) Capit. Aquisgr. a. 817, cap. leg. add. c. 14: „Ubi antiquitus consuetudo fuit de libertate sacramenta adhramire vel jurare, ibi mallum habeatur. — Minora vero placita comes sive intra suam potestatem, vel ubi impetrare potuerit, habeat.“ Vgl. auch Capit. Caris. a. 873 c. 12.

33) Ueber die Volksrechte vgl. Stenzel: Versuch einer Geschichte der Kriegsverfassung Deutschlands S. 62 fg., über die spätere fränkische Zeit capit. Ticin. a. 801 c. 3, capit. legi Boioar. add. a. 803 c. 3, de exercital. a. 811, Bonon. a. 811 c. 4—6, Aquisgr. a. 825 c. 16, 17, Hlud. II. const. de exerc. Benev. promov. a. 866 c. 10—12.

Gerichtsbarkeit des Königs[34] und seines Vertreters, des missus oder Herzogs,[35] durchaus in den Vordergrund, obschon Grafen und Senioren unter eigener Verantwortlichkeit angewiesen werden, das Eigenthum zu schützen, ihre Leute in Zucht zu halten, und die Uebelthäter in gewissem, nicht näher bezeichnetem Maaß auch in Strafe zu nehmen.[36] Gewiß aber war das Lager nicht der Ort für den regelmäßigen Fortgang der gerichtlichen Geschäfte; damit eine Sache im Felde verfolgt werden konnte, mußte sie in irgend einer Beziehung zu den besonderen Verhältnissen des Kriegsdienstes stehen. Dafür spricht nicht bloß das Verbot des Verklagens und Pfändens der dienstthuenden Leute,[37] sondern auch der Umstand, daß alle vom Einschreiten der Befehlshaber handelnden Stellen eine solche Beziehung voraussetzen.

Ganz unverändert erscheinen diese Verhältnisse in der Lagerordnung, welche Friedrich I. im J. 1158 für sein Heer in Italien erließ.[38] Nach ihr hat der Marschall den Oberbefehl und das Gericht, und die Anordnungen, welche sie rücksichtlich des Beweises trifft, dienen alle nur den in ihr enthaltenen theils alten, theils neuen Disciplinarschriften. Noch sehr viel später aber, im 14. Jahrhundert, kehren dieselben Gesichtspuncte in untergeordneten Kreisen wieder. Die Landfriedensverträge, welche in jener Zeit geschlossen wurden, constituirten für den Bund einen Bundesvorstand, und verliehen außer anderen richterlichen Befugnissen auch die Gerichtsbarkeit im Heere, jedoch wieder bloß über Verletzungen der Mannszucht.[39] Ueberall geht also der Gedanke durch, daß die oberste Gerichtsbarkeit das Heer ins Feld begleite, um dasselbe in gesetzlicher Ordnung zu halten, nicht aber, um so voll-

---

34) Lex Boioar. II. 4 §. 3, capit. Aquisgr. a. 825 c. 17, Hlud. II. const. de exerc. Benev. prom. a. 866 c. 10. Vgl. auch Gregor. Tur. II. 27, 37, VI. 31.

35) Lex Boioar. II. 4 §. 3, 4, 6, ed. Rotharis c. 20, 22, 24, 25, capit. de exercit. a. 811 c. 1, Aquisgr. a. 825 c. 17. Vgl. auch Gregor. Tur. VIII. 30.

36) Lex Boioar. II. 4 §. 6, II. 5 §. 7, ed. Rotharis c. 25, capit. Aquisgr. a. 825 c. 17, Hlud. II. const. de exerc. Benev. prom. a. 866 c. 10.

37) Const. Olonn. a. 823 c. 13.

38) Conv. Brixiae a. 1158 (bei Pertz II. p. 106).

39) So durch den ewigen Bund von Glarus a. 1352 nach Joh. von Müller: Gesch. der schweiz. Eidgenossenschaft VI. 2 Cap. 7 Note 11, durch den Landfrieden von Eger a. 1389 §. 11—16 bei Datt: De pace publica I. 9 p. 68. S. auch Lehmann: Chronik der freien Reichsstadt Speyer VII. 68 S. 759.

kommen wie in den heimischen Gerichten ausgeübt zu werden. Dazu paßt recht wohl, daß der Sempacher Brief von 1387, dieses erste Kriegsgesetz der Schweizer, deren Bundesheere meist nahe der Heimath kämpften, die Kriegsgerichte ganz übergeht, und verordnet, daß wer dies Gesetz übertrete, „von der Obrigkeit, unter die er pflichtig, nach den Eiden derselben Stadt oder des Landes — eingezogen und gestraft werde".[40]

Wichtige Aenderungen aber traten mit dem Aufkommen des Söldnerdienstes ein. Schon in der Hohenstaufischen Zeit pflegten Söldner (soldarii, Soldaten) für die Dauer eines Feldzugs sowohl vom Kaiser als von den Landesherrn und Städten angeworben zu werden,[41] und da dies immer häufiger geschah, so schied sich allmählich eine besondere Classe von Menschen aus, welche aus einem Dienst in den anderen gingen, und für reichlichen Sold zu jedem Kriege zu haben waren. Bald wurden vorzugsweise aus ihnen die Heere gebildet, und wennschon im Hussitenkrieg der Plan mißlang, von Reichs wegen ein Söldnerheer zu werben,[42] so wurde doch schon damals die Mannschaft der Stände kaum noch anders als durch Werbung zusammengebracht.[43] — Der Kriegsherr nun ernannte und verpflichtete den obristen Hauptmann (Feldobristen), dieser vergab seinerseits wieder die niederen Aemter, und war dann die geworbene Mannschaft versammelt, gemustert und abgetheilt, so mußte sie dem neuen Kriegsherrn Treue schwören, und sich zum Gehorsam gegen den von demselben verordneten obristen Hauptmann, die Hauptleute und anderen Officiere, so wie zur Befolgung der Kriegsartikel, d. i. des für das Kriegsvolk geltenden Rechtsbrauches verpflichten.[44] Dadurch war das neue

---

40) Bei Joh. von Müller a. a. O. VI. 2 Cap. 7.

41) S. die Nachweisungen bei Eichhorn: D. St. und R. G. II. §. 294 Note r, und über die Städte insbesondere conv. civ. Mogunt. a. 1256 c. 1 (bei Pertz II. p. 377), conv. civ. Herbip. a. 1256 (bei Pertz II. p. 380).

42) Lehmann a. a. O. VII. 80, Datt. l. c. I. 25 und dazu Stenzel a. a. O. S. 259 fg., Eichhorn: III. §. 437.

43) Stenzel a. a. O. S. 264 fg.

44) Ueber das Vorstehende vgl. Barthold: Georg von Frundsberg oder das deutsche Kriegshandwerk zur Zeit der Reformation Cap. II. Der Eid insbesondere, welcher die Grundlage des ganzen Verhältnisses ist, kommt schon vor in der encycl. Henrici VI. a. 1195 bei Pertz II. p. 198 (— „Milites itaque et sarganti [Bogenschützen] jurabunt obedire illi, quem Magistrum eis et Ducem constituerimus et per annum stare in servitio Dei"); ferner bei Lehmann a. a. O. VII. c. 11 S. 646 ad a. 1310, c. 45 ad a. 1349, c. 46 ad a. 1351, und späterhin in dem Anschlag der Reichsstände zum Hus-

„Regiment" (wie man das Heer bezeichnete) in Haupt und Gliedern constituirt, in sich durchaus geschlossen und mit dem bürgerlichen Gemeinwesen nur durch den Kriegsherrn verbunden. Unter diesen Umständen war es unvermeidlich, daß auch die Kriegsgerichte, welche bei der jetzigen Zusammensetzung des Heeres noch weniger entbehrt werden konnten als früher, sich von den ordentlichen Gerichten vollständig ablösten, und auf die militärischen Befehlshaber als solche übergingen,[45] von denen sie in alt-deutscher Weise[46] persönlich oder durch einen Vertreter unter dem Beirath von zwölf aus den Kriegsleuten genommenen Schöffen[47] mit

---

sitenkrieg auf dem Reichstag zu Frankfurt a. 1427 §. 22, R. A. und Handlungen zu Nürnberg a. 1431 (1) §. 24, R. A. und Handlungen von 1471 (3) §. 6, 41, Recess. foed. zu Eßlingen a. 1500 §. 2 (bei Datt. l. c. II. 19), R. A. von Augsburg a. 1500 §. 57, 59, 60, Maximiliani I. form. articul. milit. a. 1508 (bei Goldast: Stat. imperat. II. 56 p. 116), R. A. von Constanz a. 1507 §. 7, Justin Gobler a. a. O. fol. 240 (der Ausg. von 1552), L. Fronsperger a. a. O. (Note 29) fol. 24. b — 30, R. A. von Speyer a. 1542 §. 19, 46, R. A. von Augsburg a. 1555 §. 85, Reuterbestallung Max. II. a. 1570 §. 106, 117, 142, R. P. O. von 1577 tit. 6 §. 2, R. A. von Regensburg a. 1641 §. 89. (Die Reichsgesetze sind citirt nach Koch: Deutsche Reichsabschiede.)

45) Hierbei ist zunächst an den obersten Befehlshaber zu denken. Vgl. Anschlag der Reichsstände a. 1427 §. 9, 11, sowie R. A. und Handlungen a. 1431 §. 9, 11 und (3) §. 28, Anschlag im Reich zu einer Hülfe wider König Matthias a. 1486 (c), Recess. foed. zu Eßlingen a. 1500 §. 2 (bei Datt. l. c. II. 19). Ebenso nach Justin Gobler a. a. O. fol. 232, 240 b, 241, während nach L. Fronsperger a. a. O. fol. 2 der oberste Feldhauptmann aus dem Regiment der Fußknechte (und diesem aggregirt) einen des Kriegsrechts erfahrenen Kriegsmann zum Schultheißen, der an seiner Statt den Gerichtsstab führe, ernennt, und selbst nur „in öffentlichen Sachen, als sonderlich so jemands handelt wider offentlich Gebott" die Strafe ausspricht (fol. 83). In der Reuterbestallung Max. II. a. 1570 endlich erscheint der obriste Hauptmann (schlechthin „der Obrist" genannt) nicht bloß als Inhaber der Jurisdiction, sondern auch als der gemeine Richter (§. 114, 142), nur soll er das Gericht über die Reuter an deren Anführer, den Feldmarschalk, übertragen (§. 119), der seinerseits wieder zum Aufsehen auf die Justitien und das Reuterrecht einen erfahrenen Kriegsmann als seinen Leutenant verordnet (§. 123), um sich durch ihn (wie es nach §. 135 scheint) berathen, und in bürgerlichen Sachen oder bei eigner Verhinderung vertreten zu lassen (§. 128).

46) Auf alte Rechtssitte verweisen ausdrücklich Anschlag der Reichsstände a. 1427 §. 49 („Gedenket zu rathschlagen, wie das die alten Recht und Gericht gehanthabt werdent und ihren Gang gewynnent, noch dem und das von Alter herkommen ist"), Fronsperger a. a. O. fol. 8 b, Reuterbestallung a. 1570 §. 40, 41, 125.

47) R. A. und Handlungen zu Nürnberg a. 1431 (3) §. 23 („Auch sollent ein yeglich Fürst, Herre oder Stat in iren Heren ir sunderlich schaffen (Schöffen) darzu haben und bestellen" —), Recess. foed. zu Eßlingen a. 1500 §. 2 (— „dieselben — söllen von dem gemainen Feldhaubtman des Bunds nach rat und gut beduncken seiner zugeordneten haubtleut — gestraft werden" —), woneben zu vrgl. Tabulae Suevici foed. duodec. a. 1500 §. 61 (bei Datt. l. c. II. 18). — Die Zwölfzahl findet sich bei Fronsperger a. a. O. fol. 2, Reuterbestallung a. 1570 §. 125 („Folgends soll der Feld-Marschalck —

Schultheißen und Fronboten[48] gehegt wurden. Dagegen blieben die Normen, nach welchen man in ihnen urtheilte, im Ganzen die alten. Zunächst also die in den Capitularien und Reichsgesetzen enthaltenen Vorschriften, durch die Kriegsartikel genauer formulirt und durch Gewohnheiten ergänzt, welche ihre Wurzel in dem Berufe der Kriegsleute, dem Bedürfniß strenger Mannszucht und der darauf beruhenden Sinnesart hatten;[49] sodann in subsidium das gemeine Landrecht. Mit diesem aber hatte es jetzt noch seine besondere Bewandtniß. Der Dienst nämlich, in welchen sich die Söldner begaben, ergriff nicht bloß eine einzelne Seite ihres Lebens, sondern Leib und Leben. Er gab daher auch den gemeinen Vergehen, ja selbst den privatrechtlichen Verhältnissen eine Beziehung auf sich, und machte überhaupt die Concurrenz der ordentlichen Gewalten mit den militärischen schlechthin unmöglich. Unter solchen Umständen war es eine innere Nothwendigkeit, daß die Kriegsgerichte ihre Competenz auf alle, auch die nach dem jus commune zu beurtheilenden Civil- und Criminalsachen ausdehnten, und wenn nicht früher, so drangen sie damit jedenfalls im 16. Jahrhundert seit der Reception und unter dem Einfluß des römischen Rechts durch,[50] welches in demselben Umfang die Gerichtsbarkeit über

drei Rittmeister, drei Leutenant, drei Fendrich und drei Rottmeister, auch ein Reuter-Obersten darzu nehmen, das Recht damit besetzen" —), §. 126.

48) Der Schultheiß wird neben dem Gerichtsherrn bei Gobler a. a. O. fol. 232 erwähnt; daß die Stellung des Feldmarschall-Leutenant nach der Reuterbestallung eine ähnliche gewesen zu sein scheine, ist in Note 45 bemerkt worden. — Das Amt des Fronboten als eines Boten und Dieners des Gerichts hat der Gerichtsweibel — Fronsperger a. a. O. fol. 7 —, während die Profose die Lagerpolizei und in Verbindung damit eine Gerichtsbarkeit über geringere Vergehen handhaben, gegen schwerere Vergehungen als Ankläger auftreten, und durch ihre Untergebenen die ausgesprochenen Strafen vollziehen lassen — Fronsperger fol. 83, 85 b, 86, 109, 120 —.

49) Die allmähliche Ausbildung der Artikel zu verfolgen, ist hier nicht der Ort; das Material dazu findet sich in den Citaten der Noten 34, 35, 44. Vgl. auch Gobler a. a. O. fol. 231 b, der sich nicht bloß auf den „gemeinen Gebrauch Teutscher Nation, wie der von unsern Aeltern auf uns kommen", beruft, sondern daneben auf das, was er ungefährlich von Kriegsverständigen und sonst aus etlichen von Kriegsordnungen hievor im Druck ausgegangenen Tractaten erfahren habe.

50) Vgl. Justin Gobler a. a. O. fol. 222 b fg. (wo die Geltung des R. R. anerkannt und eine Uebersetzung der tit. Dig. und Cod. de re milit. gegeben wird), fol. 232 (— „vor dem Richter und Kriegsgericht als rechten Ordinarien" —), Fronsperger a. a. O. fol. 4, Reuterbestallung a. 1570 §. 40 (— „verpflichtet sind, das alt löblich teutsch Reuter- oder Ritterrecht unter ihnen anzurichten, — sich demselbigen als ihrer ordentlichen Justitien zu unterwerfen" —), 128, 135, 136. Ausnahmen kommen vor in der R. P. O. von 1577 tit. 6 §. 3 und in dem R. A. von Regensburg a. 1641 §. 47.

die Soldaten dem magister militum, dem dux und comes eingeräumt hatte.[51]

Und auf diesen Fundamenten nun behauptete sich von jetzt an die Kriegsgerichtsbarkeit. Zwar hatte die Einführung der stehenden Heere wichtige Veränderungen in der Heerverfassung zur Folge, allein die Competenz und Einrichtung der Kriegsgerichte ließ sie unangetastet, weil die Gesichtspuncte, auf denen dieselben beruhten, sich in gleichem, ja in stärkerem Maaße geltend machten, als früher. Nur in Nebendingen fand auch jetzt noch eine weitere Entwickelung Statt, welcher namentlich die Unterscheidung eines niederen und eines höheren Kriegsgerichts angehört. Der Inhaber des ersteren ist in den einzelnen Regimentern der Obrist,[52] welcher wegen der juristischen Instruction der Sachen in dem Auditeur einen rechtsgelehrten Schultheißen zur Seite hat,[53] und als dessen Schöffen Glieder des Regiments dem Rang des Verklagten entsprechend fungiren;[54] nur geringere Disciplinarstrafen können auch ohne gerichtliche Form erkannt werden,[55] und in Civisachen spricht auf Antrag des Auditeurs der Commandeur allein.[56] Das höhere Gericht, General-Auditorat, wird von dem

---

51) S. darüber Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. §. 135.

52) Die disciplinare Strafgewalt über geringere Vergehen ist hier nicht in Frage, sondern die eigentliche, volle Jurisdiction. Diese sollte nach der Reuterbestallung a. 1570 §. 99 bei den Reutern, wenn kein ordentlicher Feldmarschalck vorhanden oder etwa abwesend wäre, in Malefiz- und andern strafbaren Sachen, die keinen Aufschub leiden, von dem Obersten mit Zuthun der Rittmeister, Leutenant, Fendrich und wo von nöthen, etlicher Rottmeister geübt werden; und bei dem Fußvolk, dessen Gerichte nicht näher beschrieben sind, wird Aehnliches gegolten haben. So konnte es kommen, daß sich das Gericht der Obristen in den einzelnen Abtheilungen (Regimentern im neueren Sinn) mehr und mehr festsetzte, und der Reichsschluß a. 1664 (bei Koch IV. S. 18) bestimmte daher, „daß ein jedes Regiment seinen eignen Schultheiß habe". Später ist dies die regelmäßige Einrichtung. Vgl. den Artikels-Brief der Reichsvölker a. 1672 §. 90 a, Flamitzer a. a. O. (Note 29) I. 5, Ludovici a. a. O. (Note 29) I. 4.

53) Ueber seine Stellung vgl. Casp. von Stieler gen. Spate a. a. O. (Note 29) I. 7, 8, II. 4, Schroeter l. c. X. 5, Ludovici a. a. O. V. 28, 29, X. 19.

54) Ludovici V. 4—7, Knorre a. a. O. (Note 29) I. 11, Koch: Allg. europäisches Land- und Seekriegsrecht, Tüb. 1777 II. 2 §. 734, Malblanc: Consp. rei jud. §. 129 in f.

55) Dies findet sich schon im 16. Jahrhundert — Gobler a. a. O. fol. 241, Reuterbestallung a. 1570 §. 52, 59, 78, 85, 98 —. Ueber die neuere Zeit vgl. Ludovici I. 5. — Auch in notorischen Sachen bedarf es keines Gerichts. Vgl. Fronsperger a. a. O. fol. 83 (s. Note 45), Reuterbestallung a. 1570 §. 153, Ad. Jungkhanß a. a. O. (Note 29) Cap. 12, Spate a. a. O. I. 7 §. 3, Ludovici IX. §. 1—3.

56) Oder der Auditeur im Namen des Commandeurs. Vgl. Spate

Höchst-Commandirenden oder einem Vertreter desselben präsidirt,[57] und besteht außerdem aus dem General-Auditeur, welcher als Jurist die geschäftliche Direction, das ständige Referat und zugleich Stimmrecht hat,[58] aus höheren Officieren[59] und einigen gelehrten Mitgliedern.[60] Es ist nicht bloß Rechtsmittelinstanz, sondern hat auch die schwereren Strafurtheile ex officio zu prüfen,[61] und bildet für Alle, die zum Stabe gehören, die erste Instanz.[62]

Die militärische Gerichtsbarkeit erstreckt sich vor Allem auf die wirklichen Soldaten aller Grade mit Einschluß der Beurlaubten und der Recruten von dem Moment ihrer Werbung oder Ueberweisung an die Regimenter an,[63] auf die bei der Armee angestellten Beamten, als Auditeure, Feldprediger, Kriegscommissäre, Militärärzte u. s. w., ferner auf die Marquetender und andere der militärischen Disciplin unterworfene Personen, welche keine Soldaten sind.[64] Jedoch ist sie in Sachen, welche vor dem Eintritt des Verklagten in den Soldatenstand rechtshängig geworden sind, nicht begründet;[65] eben so wenig gegen verabschiedete Soldaten außer

---

a. a. O. I. 6 §. 7, Ludovici V. 2, Leyser: Medit. II. 75 m. 3, Knorre a. a. O. I. 11, Koch a. a. O. II. 2 §. 736.

57) Dieses ist die Fortsetzung des alten einheitlichen Kriegsgerichts. Vgl. darüber Ludovici I. 9, Knorre I. 4, 5.

58) Der Titel „General-Auditeur" kommt vor in Beilage 3 zu dem Reichsgutachten a. 1664 (bei Koch: N. A. IV. S. 28). Ueber seine amtliche Stellung vgl. Ludovici V. 10, 26, 27, über sein Stimmrecht Spate a. a. O. I. 7, Ludovici X. 19 und überhaupt Knorre a. a. O. I. 6, Koch a. a. O. II. 2 §. 786.

59) Ludovici V. 4—6, 10, Koch II. 2 §. 726.

60) Dies beruht auf einer neueren Einrichtung.

61) Schon die Reuterbestallung a. 1570 §. 138 verordnete, daß „vor Eröffnung der Urtheil, wenn es Malefitz- oder Ehrensachen zwischen ansehnlichen Personen betreffe, der Feld-Marschalck alle Mal dem Feld-Obersten Bericht thun" solle, „welcher dann nach Gelegenheit der Person, auch Zeit und andrer Umständ Macht habe die Straf zu mindern oder zu mildern". Ueber das spätere Recht vgl. Flamitzer a. a. O. I. 5, Beier: Prudentia juris milit. IV. 4 th. 2 §. 2, Ludovici I. 7, 8, XI. 18—20.

62) Vgl. Ludovici IV. §. 2—7, Knorre a. a. O. II. 2, Koch II. 2 §. 753.

63) Nicht entgegen l. 42 D. de test. mil. (29, 1).

64) Ludovici Cap. II., Knorre II. 1—3, Koch II. 2 §. 752. Daß auch die Frauen, Kinder und Diener der Soldaten den Kriegsgerichten unterworfen sind (außer in Kriegszeiten, wenn sie in der Garnison verbleiben), wird in §. 40 Note 56 auf eine allgemeine Regel zurückgeführt werden.

65) L. 7 D. de jud. (5, 1), l. 16 pr. D. de re milit. (49, 16), l. 4 §. 1 (rest.) C. de in jus voc. (2, 2). Vgl. auch l. 4 §. 8 D. de re milit. Nicht entgegen l. 4 §. 5 D. eod., welche sich aus den vorausgegangenen §. 1, 2 erklärt. Cf. Voëtius in Comm. ad Pand. tit. de jud. §. 106.

in rechtshängigen Sachen[66] und wegen Ablegung rückständiger Dienstrechnungen.[67]

Neuerdings ist überall in Deutschland die Civiljurisdiction für die Friedenszeit, und die Criminaljurisdiction über die Familien und Dienstboten der Militärpersonen und Militärbeamten, so wie von wenigen Ausnahmen abgesehen auch die Criminaljurisdiction über die Personen des Beurlaubtenstandes aufgehoben worden.

II. Die Ausnahmegerichte mit sachlich bestimmter Competenz sind

1. als Gerichte für wichtigere, d. h. für peinliche Sachen (im Gegensatz zu den Civilsachen und den geringeren Straffällen) seit der vollkommenen Scheidung der Instanzen gewöhnlich mit den mittleren oder Obergerichten (Hofgerichten, Canzleien) verbunden gewesen, eben so wie die Gerichte der Schriftsässigen, also ohne äußerlich selbständige Existenz. Dagegen hat sich

2. eine andere Kategorie solcher Gerichte für bestimmte Kreise von Rechtsverhältnissen den ordentlichen Gerichten von Anfang an in eigenthümlicher Organisation entgegengesetzt, weil sie von den Richtern eine genaue Kenntniß der besonderen Rechtsgrundsätze und Gewohnheiten fordern, unter deren Herrschaft sie stehen. Diese Kenntniß wurde früherhin, so lange die alte Schöffenverfassung bestand, durch die Erfahrung erworben, und gerade bei denjenigen Personen angenommen, deren Beruf und Lebensstellung jenen Kreisen verwandt war; in neuerer Zeit soll sie (von wenigen Ausnahmen abgesehen, zu denen die Handelsgerichte gehören) durch eine gelehrte juristische Bildung gewonnen sein und sich in der practischen Uebung nur befestigen. Hiermit ist natürlich der Sonderstellung dieser Gerichte die Unterlage entzogen, und es hat nicht fehlen können, daß die meisten von ihnen ganz eingegangen sind. — Auf particularrechtlicher Ausbildung beruhen die Handels-, Zunft-, Berg-, Salz-, Forst-, Mark-, Deich- und Wassergerichte.[68] Was dagegen die gemeinrechtlichen Gerichte dieser Art anbelangt, so haben die ältesten, die kirchlichen Gerichte in Anwendung auf geistliche Sachen, bereits oben

66) L. 4 C. de veteranis (12, 47). In den Particularrechten ist aber mitunter rücksichtlich der Officiere ein Anderes vorgeschrieben. Vgl. Bülow und Hagemann: Pract. Erörterungen I. 31.

67) L. 2 C. ubi de ratiocin. (3, 21).

68) Malblanc: Consp. rei judic. §. 112—116.

in §. 32 Erwähnung gefunden; sie würden als Gerichte der Kirche hier gar nicht zu nennen sein, wenn nicht in manchen protestantischen Ländern die Ehesachen an die höheren Landesgerichte verwiesen, diese also insoweit als Ausnahmegerichte zu betrachten wären. Außerdem aber sind vom gemeinen Recht ausgebildet

a. die Lehngerichte.[69] Ursprünglich waren die Beneficien Belohnungen für geleistete Dienste, und mit dem Vasallenverhältniß nicht nothwenig verbunden; man konnte Vasall sein, ohne ein Beneficium zu haben, und ein Beneficium haben, ohne Vasall zu sein.[70] Jedoch war das Recht des Beneficiars mehrfach in Rücksicht seiner Dauer beschränkt. Nach den Capitularen des 8. Jahrhunderts fielen die königlichen Beneficien mit dem Tode des Beliehenen wie mit dem des Verleihers zurück, und durften außerdem (und abgesehen von der Confiscation des ganzen Vermögens) zurückgezogen werden, wenn der Beliehene das Lehngut deteriorirte, von einem kirchlichen Gut, das ihm der König gegeben, die nonae uud decimae nicht zahlte, und wenn er die ihm als Unterthan oder aus einem besonderen Dienstverhältniß obliegenden Pflichten versäumte.[71] Ebenso verhielt es sich im Ganzen mit den seltner erwähnten Privatbeneficien.[72] Mit der Zeit aber (im 9. Jahrhundert) trafen Beneficial- und Vasallenverhältniß immer gewöhnlicher zusammen,[73] und da sich daran die Vorstellung knüpfte, daß beide zu einander gehörten, daß der Genuß der Beneficien ein Aequivalent für die vom Vasallen zu leistenden Dienste sei,[74] so

---

69) Huld. ab Eyben: De causis feudalibus, Helmst. 1672 (in Scriptis de jure civili privato, Argent. 1708 p. 657 sequ.), Ludovici: Lehnsproceß, Halle 1717 und öfter, Jenichen: De usu hodierno parium curiae, Giess. 1751, Dan. Hoffmann: De usu moderno judicii parium curiae Wurtenb. Tub. 1753, C. G. Biener: De origine jurisdictionis feudalis, Lips. 1780 (in Opusc. acad. I. 3), Haus: Ueber den Grund der lehnsherrlichen Gerichtsbarkeit, Würzb. 1793, Schneidt: De judicio parium, vulgo Mannengericht, Wirceb. 1792, Homeyer: System des Lehnrechts der sächs. Rechtsbücher, Abschn. VIII. Gerichtswesen (im Sachsenspiegel II. 2). Ueber Italien vgl. Ficker: Forschungen zur ital. Reichs- und Rechtsgeschichte III. 1 (XLVIII. Lehnsgerichte).

70) Vgl. Roth: Gesch. des Beneficialwesens S. 379, 384, 428, 435. Das Vasallenverhältniß hat derselbe IV. 2, das Beneficialwesen IV. 4 dargestellt, und die hier gezogenen Resultate gegen die Einwendungen von Waitz: Ueber die Anfänge der Vasallität, Gött. 1856 in seiner Schrift: Feudalität und Unterthanenverband, Weimar 1863 Cap. 3, 4 mit gewohnter Gründlichkeit und Schärfe behauptet.

71) Vgl. Roth a. a. O. S. 417—427, Feudal. S. 177—193.

72) Roth S. 433—436, Feudal. S. 193.

73) Roth S. 430—433.

74) Von Anfang an war der Herr verpflichtet, dem Vasallen Unterhalt zu

war der Grund zu einem neuen Institut gelegt, welches alsbald durch die Sitte weiter ausgebildet und in verhältnißmäßig kurzer Zeit zum Abschluß gebracht wurde. Die Sitte nämlich stellte den Fortgenuß der Beneficien beim Tode des Verleihers fest, bewirkte deren Uebergang auf den Sohn beim Tode des Vasallen,[75], fixirte die zur Privation berechtigenden Verletzungen der Diensttreue,[76] und machte sich in alle Diesem nicht bloß innerlich geltend, als Macht des Bewußtseins, sondern schuf zugleich die Mittel, durch welche sich das für recht und billig Gehaltene auch im äußeren Leben bewähren konnte. Hierbei kam in Betracht, daß die Stellung des Lehnsherrn zum einzelnen Vasallen doch wesentlich bedingt war durch sein Verhältniß zur Gesammtheit der Vasallen; was er sich unbedenklich gegen jenen erlaubt haben würde, mußte er aus Rücksicht auf diese unterlassen. Glaubte sich daher ein Vasall vom Lehnsherrn benachtheiligt, so war nichts natürlicher, als daß er den Beistand seiner Genossen ansprach, um dadurch die Anerkennung des versagten Rechts zu erlangen, und wollte umgekehrt der Lehnsherr ein Lehn einziehen, so beugte er nachfolgenden Reclamationen am besten vor, wenn er sich der vorgängigen Zustimmung der übrigen Vasallen versicherte.[77] So entstand von selbst für Streitigkeiten zwischen Lehnsherrn und Vasallen ein Gericht, in welchem jener der Richter, diese als Garanten der Lehnssitte die Urtheiler waren.[78] Das erste bekannte Gesetz, welches diesen seinen Grundlagen nach schon im 9. Jahrhundert vorhandenen[78a] Zustand der Dinge guthieß, wurde von Conrad II. a. 1037 für die Lombardei gegeben; es war an die kaiserlichen Vasallen gerichtet, und verfügte unter Vorbehalt der Appellation an den höheren Lehnsherrn, daß keinem der After- und entfernteren Vasallen sein Lehn entzogen werden solle ohne den Beweis

---

gewähren — Roth S. 379 —, und wenn es deshalb gewöhnlich wurde, allen Vasallen Beneficien zu verleihen, so geschah dies in der offenbaren Absicht, die Naturalverpflegung durch das Beneficium zu ersetzen — Roth S. 380, 384 —.

75) Vgl. Roth S. 419—423, und über die nachcarolingische Zeit Walter a. a. O. (Note 69) §. 216 Note 8—13.

76) Auf Gewohnheiten verschiedener Art weist hin Const. Henrici III. de causis amittendi feudi inc. a. (V. F. 2): — „quoniam dubias variasque causas in regno nostro esse cognovimus“ —.

77) Zur Unterstützung dienen die Vorgänge, welche Roth S. 420, 421 erzählt. Vgl. auch Feudal. S. 228.

78) Vgl. über das Vorstehende Albrecht: Die Gewere S. 292.

78a) Vgl. Maurer: Gesch. der Fronhöfe I. S. 487 fg., Roth: Feudal. S. 230, 231, Ficker a. a. O. (Note 69) III. 1 S. 324.

einer Verschuldung und ohne das Urtheil der Lehnsgenossen (pares, Mannen).[79] Die einfache Consequenz aber führte noch einen Schritt weiter. Geriethen zwei Vasallen mit einander in Streit um ein Lehn, an welchem jeder aus einer besonderen Investitur desselben Lehnsherrn berechtigt zu sein behauptete, so war dieser aus dem Gesichtspunct der Regreßpflicht wenigstens mittelbar am Ausgang interessirt, und mußte deshalb auch befugt sein, den Proceß, falls er wollte, vor seine Curie zu ziehen,[80] wogegen, wenn beide ihre Ansprüche auf dieselbe Investitur zurückführten, gleichsam aus zweien gegen den Lehnsherrn auszuführenden Processen durch Principalintervention ein einziger wurde, der ebenso wie jene der Curie ausschließlich zugehörte.[81] Das langobardische Lehnrecht berief sich für diese Consequenzen auf kaiserliche Gesetze, erklärte jedoch nach einem Gesetz Friedrich's I.[82] die Zuziehung der Mannen bei Streitigkeiten der Vasallen unter einander nicht für erforderlich. In Deutschland aber, wo noch ein Weisthum des Reichshofes unter Rudolph I. a. 1290 allein von Klagen des Lehnsherrn gegen die Vasallen sprach,[83] gingen schon die Rechtsbücher über die Competenzbestimmungen des langobardischen Lehnrechts hinaus, indem sie die Processe der Vasallen über das Lehn, nur immer die Investitur von demselben Lehnsherrn vorausgesetzt, unbedingt und ohne Ausnahme vor die Curie verwiesen,[84] und dadurch gegenüber dem langobardischen Lehnrecht eine principielle Differenz constatirten. Zwar wurde später das langobardische Lehnrecht als gemeines Recht recipirt; indeß bildete sich die deutsche Anschauung particularrechtlich weiter aus,[85] und nahm die Competenz der Lehngerichte nicht bloß für Sachen an, welche das

79) Chuonradi II. edictum de beneficiis a. 1037 (bei Pertz II. p. 39, in den liber feudorum unter V. F. 1 aufgenommen). Vgl. auch II. F. 16.

80) Cf. II. F. 15 §. 1, II. F. 46. Vgl. auch II. F. 34 pr.

81) I. F. 18, II. F. 34 pr., II. F. 55 §. 2 in f. Nach der zweiten Stelle wurde im vorliegenden Fall nach dem Lehnsgebrauch von Mailand das ordentliche Gericht für competent gehalten, und Albrecht a. a. O. S. 294 sieht dies als die gemeine Ansicht des langobardischen Lehnrechts an, was aber wohl keine Billigung verdient. Vgl. Eichhorn: Einleitung §. 215 Note k.

82) II. F. 55 §. 2 in f.

83) Rudolfi I. sent. de actione dominorum in vasallos a. 1290 (bei Pertz II. p. 455).

84) Schwäb. Ldr. II. 42, Dsp. c. 154, schwäb. Lehnr. (ed. Laßberg) c. 125, Richtsteig Lehnrechts c. 1 §. 1, und dazu Homeyer a. a. O. (Note 69) II. 2 §. 65.

85) Auf die particularrechtlichen Ausdehnungen weist im Allgemeinen auch die Wahlcapitulation XXI. 1 hin, wenn der Kaiser verspricht, die Stände bei ihrer lehnsherrlichen Gerichtsbarkeit „in den dahin nach den Lehnrechten

an sich unbestrittene Verhältniß der Vasallen zum Lehnsherrn betrafen, oder auf dasselbe zurückgeführt werden konnten, sondern überhaupt für alle, welche irgend wie den Lehnsverband berührten, und nach Lehnsgewohnheit zu entscheiden waren. Sie betrachtete als das Maaßgebende die Unterordnung des Gutes unter den von der Person des Herrn ausgehenden Lehnsnexus,[86] und machte demzufolge zu causae feudales z. B. auch die Revocation des Lehns von einem Dritten, Processe über Lehnschulden, die Execution in das Lehn, die Trennung des Lehns vom Erbe u. s. w., also auch Sachen, an denen extranei Theil nahmen.[87] Nur läßt sich nicht gerade von einer gemeinrechtlichen Modification des langobardischen Lehnrechts sprechen.[88]

Uebrigens ist das Eigenthum des Herrn am Lehngut zwar die Voraussetzung, aber darum noch keineswegs der Grund der Lehnsgerichtsbarkeit. Die höhere Autorisation, welche auch für diese Gerichtsbarkeit gefordert wurde, lag wohl meist in der dem Lehnsherrn bereits zustehenden ordentlichen Jurisdiction; außerdem konnte sie, wenn nicht ausdrücklich verliehen, durch unvordenkliche Verjährung ersetzt werden.[89]

Ihrer ursprünglichen Anlage nach bestanden die Lehngerichte

---

oder rechtsbeständigen altüblichen Gewohnheiten gehörigen Fällen" unbeeinträchtigt zu lassen.

86) Diesen Gesichtspunct scheint schon der Landfrieden von 1398 §. 7 (bei Koch R. A. I. S. 98) vor Augen zu haben („Hätte auch Jemand dem Andern zuzusprechen umb Eigen und um Erbe, das sol man ußtragen an den Gerichten, da die Gute inne gelegen sint. Und umb Lehen, das soll man ußtragen, von den die Lehen rürent"). Ebenso Landfrieden von 1438 §. 5, 6 (Koch I. 155), Verzeichniß dessen was auf dem Tag zu Nürnberg a. 1438 gehalten II. §. 1 (I. 161), R. A. von Ulm a. 1466 §. 10, 11 (I. 199).

87) Nachweisungen gibt Pfeiffer: Pract. Ausführungen II. S. 321 fg. Vgl. auch Malblanc l. c. §. 108, Kühns: Gesch. der Gerichtsverfassung und des Pr. der Mark Brandenburg I. S. 270 fg., II. S. 304 fg.

88) Jedoch hat auch die gemeinrechtliche Doctrin versucht, einen entsprechenden allgemeineren Begriff aufzustellen. Vgl. die Nachweisungen bei Pfeiffer a. a. O. II. S. 320.

89) Ueber den Grund der Lehngerichtsbarkeit sind verschiedene Ansichten aufgestellt worden. Einige Juristen, z. B. Senckenberg: Von der kaiserlichen höchsten Gerichtsbarkeit §. 1, 2, Kopp: Nachrichten I. §. 275, Albrecht a. a. O. S. 291 leiten dieselbe unmittelbar aus dem Eigenthum ab. Andere, z. B. Biener l. c. und Haus a. a. O. nehmen an, sie sei ein Ausfluß der ordentlichen Jurisdiction, und von dieser nur wegen der in Lehnsachen vorausgesetzten besonderen Eigenschaften der Schöffen geschieden. Und Maurer a. a. O. (Note 78a) I. §. 170 findet ihren Grund in dem genossenschaftlichen Verhältniß, mit welchem überall eine auf die genossenschaftlichen Angelegenheiten beschränkte Gerichtsbarkeit verbunden gewesen sei. Der oben vorgetragenen Ansicht folgt im Ganzen Eichhorn: Deutsche St.u.R.G. II. §. 303 Anm. Vgl. über die einzelnen Meinungen Unger: Die alt-deutsche G. V. S. 264, 265.

aus dem Lehnsherrn, welcher den Vorsitz hatte, und den Lehnsgenossen, die als Urtheiler fungirten.[90] Der Lehnsherr durfte sich durch einen der Lehnsgenossen vertreten lassen (Lehn- oder Mannrichter, judex curiae),[91] und war hierzu, wenn er selbst Partei war, sogar verpflichtet.[92] Zu den Lehnsgenossen aber gehörten nicht alle Vasallen des Herrn, sondern da es verschiedene Lehen gab, nur die dem streitigen Lehn gemäß waren.[93] Diese wurden zur Theilnahme am Gericht geladen, und mußten in Kraft ihres Eides erscheinen.[94]. Ein ordentlich besetztes Gericht erforderte bald mehr, bald weniger Beisitzer;[95] nur diejenigen Lehnsherrn aber, welche zwölf Vasallen hatten, waren nach dem Schwabenspiegel eines Lehngerichts überhaupt fähig.[96] Fehlte es in der einen oder anderen Art an der nothwendigen Zahl, so wurde ein Unterschied gemacht, je nachdem der Lehnsherr das streitige Gut zu eigen hatte, oder von einem Anderen zu Lehn trug. Dort ging die Sache an seinen, des Lehnsherrn ordentlichen Richter, hier ersuchte er den höheren Lehnsherrn um Bestellung eines Lehngerichts.[97] Denselben Zug nahmen die Rechtsmittel.[98]

---

90) Davon, daß in Deutschland das in Note 82 erwähnte Gesetz Friedrich's I. angewandt worden sei, findet sich keine Spur. Auch die Vasallen des Kaisers stritten unter einander vor vollständig besetztem Lehngericht. Vgl. die Beispiele bei G. L. Boehmer: De judice curiae feudalis §. 7—9 (in Obs. juris feudalis, nr. 11.).

91) Boehmer l. c. §. 2.

92) Schwäb. Lehnr. (ed. Laßberg) c. 119 b.: „Als der Herre mit sinem Man Lehnrecht tun will, so soll er einen sinen Man an sine Stat setzen, den der Man nicht argwönic hab". Vgl. auch c. 115 c. und dazu Boehmer l. c. §. 3. 4, 9.

93) Sächs. Lehnr. c. 71 §. 19, 20, Dsp. Lehnr. c. 246—248, schwäb. Lehnr. c. 141, 142, Statutenbuch, Gesetz, Ordnung und Gebrauch Keyserlicher allgemeiner und etlicher besonderer Landt und Statt Rechten, Frankfurt 1572 fol. 8 b (nach Walter R. G. §. 646). Vgl. auch Homeyer a. a. O. (Note 69) II. 2 §. 68 unter 2 b.

94) Sächs. Lehnr. c. 4 §. 4, c. 79 §. 1, Dsp. Lehnr. c. 12, 278, und dazu Homeyer a. a. O. II. 2 S. 382, 563, 572.

95) Nach sächs. Lehnr. c. 65 §. 9 und Dsp. Lehnr. c. 185 zum mindesten sechs, nach schwäb. Lehnr. c. 27 a., c. 84 c., 115 c. mindestens sieben. Vgl. Homeyer §. 68 unter 2. c. Mitunter sind aber auch sehr viel mehr erforderlich, namentlich wenn man mit sieben Mannen zeugen soll, nach sächs. Lehnr. c. 13 §. 1 ein und zwanzig, nach Dsp. Lehnr. c. 38 und schwäb. Lehnr. c. 26 zwanzig. Andere Zahlenverhältnisse finden sich bei Maurer: Gesch. des altgerm. G. V. S. 113.

96) Schwäb. Lehnr. c. 18, 27 a., 125 a.

97) Schon II. F. 16 unterstellt den Fall, daß es an Lehnsgenossen fehlt (— „si tamen pares habeat" —), entscheidet aber nicht, wie es alsdann zu halten sei. Die obige Entscheidung gibt das schwäb. Lehnr. c. 27 b. Vgl. auch Statutenbuch (Note 93) fol. 8 b.

98) Sächs. Lehnr. c. 65 §. 5, c. 69 §. 5, 6, 8, Dsp. Lehnr. c. 211, schwäb. Lehnr. c. 18, 22.

Am längsten erhielt sich diese Gerichtsform für Streitigkeiten zwischen Lehnsherrn und Vasallen, in vereinzelten Anwendungen bis in die zweite Hälfte des vorigen Jahrhunderts.[99] Seitdem wurden auch diese Sachen, wie es mit den übrigen schon früher (seit dem 16. Jahrh.) geschehen war, gelehrten Gerichten, oder einem der ordentlichen Gerichte, oder gar diesen schlechthin überwiesen.[100]

b. Die Meierdinge (auch Hubgerichte, Häger- und Landsiedeleigerichte, Probstinge, Hofmarksgerechtigkeiten genannt).[101] Die Verwaltung der an hörige Bauern ausgegebenen Ackerhöfe umfaßte eine Reihe von Verhältnissen, welche dem Princip nach der unumschränkten Willkühr des Herrn unterlagen, faktisch aber doch nicht ohne sittliche Rücksicht auf das Wohl der Untergebenen und deshalb in gleichförmiger Weise behandelt wurden. Dahin gehörte die Entsetzung untauglicher und säumiger Wirthe, die Vergabung erledigter Höfe und die Regulirung der Erbfolge, die Abtretung des Guts an den Anerben und die Bestimmung des Altentheils, die Feststellung der Abgaben, die Schlichtung von Grenzstreitigkeiten u. s. w. Diese Verhältnisse zu ordnen boten die Termine, an welchen sich die Bauern bei dem herrschaftlichen Verwalter (Meier, villicus) zur Entrichtung ihrer Abgaben einfinden mußten, die passendste Gelegenheit. Die etwa entstandenen Streitigkeiten und Bedenken ließen sich hier nach dem Rath der Anwesenden, welche in gleichen Rechten standen und das Herkommen sowohl als die Thatsachen kannten, sofort auf billige Art erledigen. Und wie dadurch das Herkommen zu einem anerkannten Hofrecht, so wurden jene Termine zu ungebotenen Dingen, welche zwar gewöhnlich mit

99) Ausführliche Nachrichten darüber findet man bei Ludovici a. a. O. I. §. 60 fg., Jenichen l. c. §. 4—6, Hoffmann l. c. §. 16 sequ. (Note 69), Struben: Rechtl. Bedenken III. 88. Nach Schneidt l. c. (Note 69) wurde noch im J. 1788 ein Hohenlohisches Mannengericht zu Ingelfingen gehalten.

100) Vgl. Zachariä: Königlich sächsisches Lehnrecht §. 64, 235, Kamptz: Handbuch des mecklenb. C. Pr. 2. Ausg. S. 2, und besonders Göhrum: Geschichtliche Darstellung der Lehre von der Ebenbürtigkeit II. S. 162 Note 9.

101) Cf. H. Hildebrand: Diss. de jurisdictione emphyteusi Germ. annexa, Alt. 1720, Meinders: Diss. de jurisd. colonaria et curiis dominicalibus Franconum et Saxonum, Lemg. 1713, Selchow: Ueber die wahre Beschaffenheit der teutschen gutsherrlichen Zinsgerichte oder Meyerdinge (in dessen Neuen Rechtsfällen, Frankf. a. M. I. 2), Gülich: Ueber die Meierdinge des nördlichen Deutschlands, Gieß. 1802, Maurer: Gesch. der Fronhöfe, Erl. 1862—1863, I. §. 172—176, III. §. 433 fg., IV. §. 651—717, 822 (welcher in §. 655 noch eine Reihe anderer Namen für diese Gerichte anführt).

dem ordentlichen Gericht in einer Hand vereinigt waren, aber dann doch in anderen Formen und nicht selten von einem anderen Beamten gehegt wurden.[102]

Ein ähnlicher Rechtsschutz konnte nun auch für die an freie Bauern gegebenen Erbleihen angemessen erscheinen. Die Berechtigung der Nachkommen, die Beziehungen der Nachbarn zu einander und zur gemeinen Mark, das herrschaftliche Recht den Leihemann abzumeiern[103] und wegen des Zinses zu pfänden,[104] — dies Alles und Anderes war selten schon durch den Leihevertrag so genügend regulirt, daß die Leihemänner nicht ein sachliches Interesse gehabt hätten, bei der gerichtlichen Feststellung und Fortbildung dieser Verhältnisse mitzuwirken. Es entstanden daher in der That Gerichte der Gutsherrn über Zinslehen, und gerade sie sind es, welche in den Rechtsbüchern ausschließlich erwähnt werden.[105] Sie erscheinen hier als Analoga der Lehngerichte, denen aber nicht bloß sie, sondern im Wesentlichen alle mit einer s. g. jurisdictio colonaria versehenen Gerichte nachschlugen. — Manche dieser Gerichte haben sich bis in's vorige, ja einzelne bis in dieses Jahrhundert erhalten.[106]

§. 38.

Vom Verhältniß der einzelnen Gerichte zu einander.

Aus dem vorigen §. ergibt sich, daß die in einem deutschen Lande hergestellten Gerichte einander theils subordinirt, theils coordinirt sind.

---

102) Die vorstehende Darstellung fußt besonders auf Unger: Die altdeutsche G. V. §. 38. Vgl. auch Kopp: Nachrichten I. §. 278—282 und besonders Nr. 93 der Beilagen, Walter: Deutsche R. G. §. 301. — Eine ähnliche Einrichtung bestand bis vor Kurzem in Mecklenburg, wo die Leihen der Bauern in dem Domanium sich nicht zu einem festen Rechtsverhältniß gestaltet hatten, und deshalb von der landesherrlichen Kammer regulirt wurden, mithin der Cognition der ordentlichen Gerichte durchaus entzogen waren.

103) Vgl. Eichhorn: Einleitung §. 263.

104) Sächs. Ldr. I. 54 §. 4, Dsp. c. 76, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 70, Rudolfi I. curia Ratisb. a. 1281 const. pacis c. 59, Goslar. Stat. (ed. Göschen), S. 22 Lin. 1, Rechtsb. nach Distinctionen (ed. Ortloff) III. 14 d. 7, Stadt- und Landrechtsbuch Rupr. von Freysing (ed. Maurer) I. 60, bayer. Landr. v. 1346 c. 145 (bei Freyberg: Samml. IV. S. 439).

105) Sächs. Lehnr. c. 68 §. 5, Dsp. Lehnr. c. 211, schwäb. Lehnr. (ed. Laßberg) c. 125. In der letzteren Stelle heißt es: „Lihet der Herre vil Zinslehen, ich meine zwölf Mannen oder mer, und ist daß er mit in krieget oder sie unter einander um das Zinslehen, so sol er den Mannen für sich gebieten, und sol es rihten, als umb reht Lehen.

106) S. Hofmann: Teutsche R. Pr. II. §. 1299, Unger: Die altdeutsche G. V. S. 263.

I. Die Subordination, welche eine unmittelbare oder mittelbare ist, characterisirt sich dadurch, daß die die objective Competenz bestimmenden Momente auf zwei Gerichte in gleicher Weise passen, daß also die Competenz beider eine concurrirende sein würde, wenn nicht dem einen die höhere, dem anderen die niedere Gerichtsbarkeit verliehen wäre. Die Gerichtsbarkeit des höheren Gerichts erstreckt sich über den Sprengel und die Unterthanen eines jeden der mehreren zu ihm gehörigen niederen Gerichte,[1] sie nimmt aber diesen gegenüber nicht nur einen höheren Rang, sondern auch ein gewisses Maaß der Herrschaft (majus imperium) in Anspruch, wennschon auf den verschiedenen Stufen nicht ganz in derselben Art. Als gemeinrechtlich gelten für Unter-, Ober- und Oberappellations-Gerichte folgende Grundsätze.

A. Während die Untergerichte die regelmäßige erste Instanz bilden,[2] haben ausnahmsweise die Obergerichte diese Stellung

1. für die Schriftsässigen und für die peinlichen Sachen. Die Oberappellations-Gerichte entbehren eine ähnliche Gerichtsbarkeit. Dagegen können an die Obergerichte beider Grade in erster Instanz

2. unter Umständen gewisse Sachen erwachsen (devolviren), welche an sich vor ein niederes Gericht gehören würden. Hierbei kommt zunächst eine Bestimmung des R. R. in Betracht, nach welcher Wittwen, unmündige Waisen, schwache und an langwierigen Krankheiten leidende Personen (s. g. mitleidswürdige Personen, personae miserabiles), besonders wenn sie Grund haben, ungünstige Einflüsse zu fürchten („praesertim cum alicujus potentiam perhorrescant"), berechtigt sein sollen, mit Umgehung des ordentlichen Richters als Kläger wie als Verklagte ihre Processe sofort an den Kaiser zu bringen,[3] — was natürlich voraussetzt, daß der Geg-

---

1) Cf. Mevius: Decis. VIII. 481 n. 4, Pufendorf: De jurisd. germ. I. 4 §. 25, Hommel: Rhapsod. VI. 735 nr. 2, Martin: Lehrbuch §. 67.

2) Ueber das Geschichtliche vgl. §. 33 N. 271—277. — Die für obigen Satz häufig angeführte l. 4 C. de jurisd. (3, 13) beweist denselben nicht, wohl aber nov. 17 c. 3, nov. 86 c. 1.

3) L. un. C. quando imperator inter pupillos vel viduas vel alias miserabiles personas cognoscat et ne exhibeantur (3, 14). Cf. Cassiod. Var. epist. IV. 8, 9. Die Berechtigung der genannten Personen, sich als

ner nicht zu derselben Kategorie von Personen gehört.[3a] Auf die Einrichtungen des deutschen Reichs (seit Durchführung des jus de non evocando) paßte dieser Vorzug freilich nicht, und deshalb wandten ihn die Reichsgerichte auch nur insoweit an, als sie zu Gunsten jener Personen die Austrägalinstanzen ausschlossen.[4] In den Territorien dagegen wurde seine Aufnahme dadurch möglich gemacht und herbeigeführt, daß man dem römischen Princeps den Landesherrn, d. h. dessen höchstes Gericht substituirte. Seine gemeinrechtliche Geltung ist daher außer Frage,[5] obschon er in einigen Ländern nicht hat durchdringen können,[6] in anderen gesetzlich aufgehoben,[7] und in vielen gesetzlich für die neu gebildeten Oberappellations-Gerichte außer Anwendung gesetzt worden ist.[8] —

Kläger sofort an den Kaiser zu wenden, war ursprünglich gar kein Privileg, weil jeder Kläger dazu berechtigt war; sie erhielt den Character eines solchen erst dadurch, daß die nov. 86 c. 3 diese allgemeine Befugniß aufhob. Hiermit aber wurde zugleich eine andere Vorschrift der l. un. C. cit. unpractisch, nach welcher dieselben Personen, vor dem Kaiser belangt, auf ihr ordentliches forum sollten provociren dürfen. Vgl. Bayer: Vorträge §. 74. — Die Frage, welche Personen unter die vom Gesetz aufgestellten Kategorien gehören, behandelt ausführlich Glück: Commentar VI. S. 343—350, der auch S. 342 Note 51 die betreffende Litteratur dieses Privilegs anführt.

3a) Vgl. Glück a. a. O. VI. S. 354.

4) S. die Citate bei Glück VI. S. 353 N. 90. Jedoch war die durchgreifende Anwendung dieses Privilegs in Anwendung auf die Reichsgerichte unter den Rechtsgelehrten nicht unbestritten, worüber außer Glück a. a. O. VI. S. 353 auch Danz: Grundsätze §. 37 Note g. verglichen werden kann. Das dubium camerale, welches über die Frage aufgestellt wurde (vgl. Balemann: Sammlung der Visitationsschlüsse S. 251), fand bei der letzten Kammervisitation keine Erledigung.

5) Cf. Gaill: Obs. I. 1 nr. 40 („Sed hoc in Camera non observatur, quia ipsimet Principes et Status Imperii in causis viduarum et pupillorum cognoscunt"), Carpzov: Responsa II. 19 nr. 14, Proc. jur. III. 6 nr. 5, Brunnemann ad l. un. C. quando imperator nr. 15, Mevius: Decis. II. 110 nr. 4, Newenhahn: Diss. de jur. ac privil. viduitatis, Jen. 1624, 1658, 1673 m. 3 nr. 5, Stryk: U. M. V. 1 §. 31, Lauterbach: Coll. theor. pract. V. 1 §. 58, Leyser: Medit. II. 78 m. 4, 6, Claproth: Einleitung §. 41, Danz: Grundsätze §. 37, Glück: Commentar VI. S. 351. — Diese Citate, welche großentheils auf Rechtssprüche oder eigne Erfahrung verweisen, bezeugen die Behauptung des Textes, obschon von Manchen bestritten wird, daß dieses Privilegium heut zu Tage anwendbar, und sogar daß es überhaupt begründet sei. Cf. Thomasius: Diss. de singulari aequitate l. un. C. quando Imperator §. 3, 4 (in Diss. acad. IV. 128), Weber: Beiträge zu Klagen und Einreden II. 12, Martin: Lehrbuch §. 58.

6) Z. B. in Baiern nach Kreittmayr: Anm. über den Cod. jur. Bavar. jud. I. 19, in Mecklenburg nach Trotsche: Der mecklenb. C. Pr. I. §. 47.

7) Z. B. in Preußen durch A. G. O. I. 2 §. 106, in Schwarzburg-Sondershausen durch Gesetz von 1834 §. 22.

8) In Hannover nach Claproth: Einleitung §. 41 N. e, in Hessen nach Kopp: Handbuch zur Kenntniß der kurhess. L. V. und Rechte VI. s. v. miserabiles, in Mecklenburg nach Kampts: Handbuch des mecklenb. C. Pr. §. 11 N. 5.

Sodann findet die Devolution in einigen Fällen Statt, deren schon früher in der Lehre von der Delegation Erwähnung geschehen, nämlich

a. wenn der competente Unterrichter inhabil oder verdächtig ist;[9]

b. wenn er hartnäckig die Justiz verweigert oder verzögert, d. h. die Einleitung von Verhandlungen oder die Fortsetzung derselben entweder abschlägt oder trotz des gegen ihn ausgewirkten oberrichterlichen Promotorialrescripts (litterae promotoriales) unterläßt;[10]

---

9) Arg. K. G. O. von 1555 II. 29 §. 1, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 32 pr., und dazu Heise und Cropp: Abhandl. II. S. 86, wo sich weitere Nachweisungen über die mit Rücksicht auf c. 61 X. de appell. (2, 28) ausgebildete Praxis finden. — Uebrigens kann es in diesem und in dem unter b. erwähnten Fall auch vorkommen, daß eine bereits anhängig gewordene Sache an den Oberrichter devolvirt, der dann die Verhandlungen nur fortzusetzen hat. Vgl. die folgende Note a. E.

10) Das R. R. läßt im Fall der Verzögerung und Verweigerung der Justiz gegen den säumigen Praeses provinciae eine Ermahnung des Bischoffs, und wenn dieser die Erfolglosigkeit seiner Bemühungen bescheinigt, Strafen eintreten, ohne jedoch ausdrücklich die Devolution der Sache an den Kaiser auszusprechen — l. 13 §. 8 C. de jud. (3, 1), nov. 17 c. 3, nov. 86 c. 1 —. Auch erwähnt die l. 5 §. 4 C. de temp. et repar. (7, 63) im Fall der Verschleppung von Appellationssachen nur einer Beschwerde an den Kaiser. Wenn daher das C. R. in solchem Fall dem geistlichen Richter gestattet, die Klage anzunehmen — c. 10, 11 X. de foro comp. (2, 2), c. 15 X. eod., c. 20 X. de jud. (2, 1) —, so geht dasselbe jedenfalls nicht von römischen Rechtsgrundsätzen aus. Ob germanische Anschauungen bestimmend gewirkt haben, muß dahin gestellt bleiben. Die Volksrechte behandeln, wie nunmehr Cohn: Die Justizverweigerung im altdeutschen Recht, Karlsruhe 1876, ausführlich nachgewiesen hat, die Justizverweigerung sehr verschieden. Nach l. Sal. L. §. 5 trifft Todesstrafe den die Execution weigernden Grafen, wenn er nicht das volle Wergeld zahlt. Und diese Folge scheint unter den Carolingern fortbestanden zu haben (cap. Pipini inc. a. c. 7 bei Pertz I. 43). Vgl. Cohn S. 84. Daneben hat sich Amtsentsetzung und Anwendung von Zwang zur Gewährung der Rechtspflege entwickelt — Cohn S. 81 fg., 95 und auch Wach: Der italienische Arrestproceß S. 25 fg. —. Constatirt wird die Justizverweigerung durch Beschwerde an den König — capit. Mant. a. 781 c. 2 fg. (Pertz I. 40) —. Die Devolution an das Königsgericht tritt bei beharrlicher Rechtsverweigerung ein — Bethmann-Hollweg: Der germ. rom. Civ.-Pr. II. §. 75 Note 44, Cohn S. 91, und für das spätere Recht Ficker: Forschungen §. 150 —. Weit darüber hinaus geht der den canonischen verallgemeinernde Satz des sächs. Landr. III. 87 §. 1, 2, daß der Kläger, wenn ihm vom competenten Richter das Recht verweigert werde, ein auswendiges Gericht, geistliches oder weltliches aufsuchen dürfe. Der Satz ist nie gemeinrechtlich geworden. Doch bleibt die Devolution an das kaiserliche Hofgericht, und gegen sie schützen selbst nicht die privilegia de non evocando und de non appellando. Cf. bulla aur. XI. 3, 4, K. G. O. von 1495 tit. 12, R. A. von 1512 §. 58, K. G. O. von 1555 II. 1 §. 2, 26 §. 1, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 1 §. 1, 28 pr. Vgl. Franklin: Reichshofgericht II. S. 15. — Daß alsdann, wenn keine Administration der Justiz zu spüren, die Sache an das obere Gericht (ad cameram) devolvire und daselbst gebührend verfahren werde, sagt noch ausdrücklich D. A. von 1600 §. 27. Die

c. wenn die Competenz zwischen mehreren Gerichten streitig ist und in Folge dessen für die Rechtsverfolgung Schwierigkeiten entstehen,[11] und

d. wenn Jemand in einem Verfahren entweder mehrere Personen, welche verschiedenen niederen Gerichten, aber einem gemeinsamen höheren Gericht unterworfen sind, als litis consortes mit persönlichen Klagen belangen,[12] oder mehrere in verschiedenen Untergerichtsbezirken, aber in einem gemeinsamen Obergerichtsbezirk liegende Sachen aus demselben Klagfundament mit einer dinglichen Klage zurückfordern will[13] (s. g. continentia causarum ex identitate fundamenti personali v. reali), vorausgesetzt jedoch, daß es an einem für die mehreren Klagen competenten niederen Gericht mangelt.[14].

Ueberall da nun, wo das höhere Gericht eine Sache in erster Instanz verhandelt, ist es befugt, der Kostenersparniß oder größeren Bequemlichkeit wegen die Vornahme einzelner Handlungen einem Untergericht aufzutragen, während es in den zuletzt genannten vier Fällen, d. h. da, wo seine Competenz nicht auf einem Privilegium des Verklagten beruht, particularrechtlich sogar die ganze Sache abgeben darf,[15] und hier wie dort von dem mit der Commission betrauten Untergericht Gehorsam fordert. Mit dieser

---

im Text erwähnten Promotorialen kommen nicht sehr frühe vor, und dienen nur dazu, statt des sonst erforderlichen Beweises die Verzögerung oder Verweigerung festzustellen. Vgl. Vis. A. von 1550 §. 20, K. G. O. von 1555 II. 26 §. 2, R. A. von 1566 §. 108, Conc. von 1613 II. 28 §. 1. — Die Anhängigkeit steht der Avocation nicht entgegen. Vgl. D. A. von 1600 §. 27, Conc. von 1613 II. 28 §. 3, und dazu J. H. Boehmer: Diss. de origine, progressu atque indole quer. deneg. v. protr. justitiae, Hal. 1738 (in Exerc. ad Pand. tom. VI.), Münscher: Ueber die Beschwerde wegen verweigerter Justiz §. 3 (in der Zeitschr. für Recht u. Gesetzgeb. in Kurhessen II. S. 21).

11) R. A. von 1512 tit. 4 §. 12, von 1594 §. 72, Dep. A. von 1600 §. 26. Vgl. auch Covarruvias: Quaest. pract. I. 9 nr. 4, Alb. Brunus: Cons. feudal. c. 92 nr. 1 sequ., Mevius: Decis. I. 217 nr. 4, Claproth: Einleitung I. §. 96, Glück: Commentar VI. S. 240.

12) R. A. von 1570 §. 77, Dub. cam. von 1594 dub. 4, 5, Dep. A. von 1600 §. 23, 24. Die gemeinrechtliche Geltung dieser Bestimmung beweist (gegen Mittermaier im Arch. für civil. Pr. II. S. 121, Brackenhöft: Erörterungen S. 261 fg.) mit großer Gründlichkeit aus der Praxis Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 333 fg.

13) In der Reichsgesetzgebung ist es hierüber zu keiner Entscheidung gekommen. Cf. dub. camer. von 1594 dub. 8, Dep. A. von 1600 §. 140. Nach den Ausführungen von Planck a. a. O. S. 333 fg. aber hat sich die Praxis auch in diesem Punct bejahend ausgesprochen.

14) Arg. Dep. A. von 1600 §. 23 verb. „deren jeder seine sonderbaren Austräg hätte.“ Vgl. Planck a. a. O. S. 328.

15) S. §. 35 Note 15, 17.

Berechtigung verbindet sich aber eine entsprechende Verpflichtung. Da den Untergerichten über die Schriftsässigen keine Gerichtsbarkeit zusteht, und sie doch in die Lage kommen können, in den bei ihnen anhängigen Sachen Verfügungen gegen dieselben zu erlassen, so muß ihnen unter solchen Umständen die erforderliche Hülfe von dem Obergericht in ganz gleicher Weise (s. II.) geleistet werden, wie von einem coordinirten Gericht.[16]

B. Ihre regelmäßige Function haben die höheren Gerichte als Rechtsmittelinstanzen. Als solche prüfen sie die Beschwerden, welche gegen Verfügungen der untergeordneten Gerichte bei ihnen erhoben worden sind, und setzen, wenn sie dieselben begründet finden, die bessere Entscheidung an die Stelle der angefochtenen. Hierbei erweist sich das Uebergewicht ihrer Macht theils darin, daß die von ihnen gegebenen reformirenden Erkenntnisse für die unteren Gerichte maaßgebend sind, theils darin, daß sie diesen gegenüber die Befugniß haben, den gebrauchten Rechtsmitteln durch Befehle (z. B. durch literae compulsoriales, inhibitoriales, mandata de revocandis attentatis), so wie nöthigenfalls durch Androhung und Verhängung von Strafen die entsprechenden Nebenwirkungen zu sichern.

C. Endlich üben nebenher die oberen Gerichte auch eine Disciplinargewalt über die unteren Gerichte aus.[17] Diese ist zwiefacher Art.

1. Die allgemeine ist ein Ausfluß des administrativen Oberaufsichtsrechts, welches den Oberbehörden hinsichtlich der gesammten Dienstführung ihrer Untergebenen gebührt. Sie bezweckt die Erhaltung des öffentlichen Dienstes in seinem Ansehn und regelmäßigen Gang, und auf die Gerichte insbesondere angewandt, auch die Beobachtung der Proceßvorschriften, und eines der ihr dabei zu Gebote stehenden Mittel ist die Vornahme von Visitationen, welche die ganze Geschäftsführung umfassen. Den oberen Gerichten kommt sie jedoch nur kraft ausdrücklicher Verleihung, und deshalb in vielen Ländern nicht auch den Oberappellationsgerichten zu; an sich und in letzter Instanz liegt sie in

---

16) Im Princip anerkannt durch l. 13 §. 3 C. de jud. (3, 1).

17) Die folgende Darstellung beruht vorzugsweise auf Pfeiffer: Pract. Ausführungen III. S. 541 fg. (wo ein eingehender Bericht des O. A. G. zu Cassel über diesen Gegenstand mitgetheilt wird) und Strippelmann: Neue Sammlung IV. 2 S. 107 fg., 309 fg.

den Händen der Justiz-Ministerien als der administrativen Oberbehörden der Gerichte.

2. Die besondere Disciplinargewalt dagegen wird von den oberen Gerichten in den einzelnen zu ihrer Cognition gelangten Sachen kraft ihres höheren Richteramts gehandhabt. Sie besteht in der Befugniß, wegen aller dem Richter oder einer gerichtlichen Nebenperson (Actuar, Gerichtsdiener) zur Last fallenden Handlungen und Unterlassungen, welche den Proceßvorschriften widerstreiten, und doch mit einem eigentlichen Rechtsmittel nicht angefochten werden können, je nach den Umständen Bericht und Rechtfertigung zu fordern, Mandate zu erlassen, die auf Beseitigung der constatirten Illegalität oder Irregularität gerichtet sind, Rügen (Mißbilligung) und andere Disciplinarstrafen auszusprechen.[18] Das obere Gericht schreitet zu diesen Maaßregeln gewöhnlich in Folge einer durch ein nachweisbares sachliches oder processualisches Interesse begründeten Beschwerde (s. g. querela simplex), und wendet dann im Ganzen die für Rechtsmittel geltenden Gesichtspuncte an, ohne jedoch die nöthige bessere Entscheidung unmittelbar von sich aus zu substituiren. Es kann und soll aber auch von Amts wegen vorgehen, so oft ihm die auf Grund eines erledigten Commissorium oder eines devolutiven Rechtsmittels in seine Hände gelangten Acten Veranlassung dazu bieten, und zwar nicht bloß wenn der in Frage kommende Punct von rein formeller oder doch nur accidenteller Bedeutung, sondern auch wenn er auf die Entscheidung der Sache selbst von Einfluß ist. In diesem Falle wird das Erforderliche in Rescriptsform oder durch einen Anhang zu dem zu ertheilenden Erkenntniß ausgesprochen, und wenn die Zurechtweisung von dem Oberappellationsgericht ausgeht und für ein Untergericht oder den Subalternbeamten eines Obergerichts bestimmt ist, dieses auch wohl zu der Verfügung veranlaßt, welche von ihm selbst hätte getroffen werden sollen.[19] Unter keiner Be-

---

18) Disciplinarstrafen werden schon vom R. R. den Richtern angedroht, z. B. auf den Fall, daß sie den Proceß verzögern oder das Recht versagen — l. 13 §. 8 C. de jud. (3, 1) [vgl. auch l. 5 §. 4 C. de temp. et repar. (7, 63)], nov. 17 c. 3, nov. 86 c. 1 —, oder daß sie die Annahme der Appellation und was zu deren Einleitung gehört, verweigern — §. 55 Note 37, 40 —, und Aehnliches kommt auch im C. R. — s. c. 11 X. de prob. (2, 19), c. 1 in VI. de sent. exc. (5, 11) — vor. Ganz im obigen Umfang aber erkennt der J. R. A. §. 109 die Disciplinargewalt des R. K. Gerichts über die Territorialgerichte an. Vgl. auch Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 108 fg.

19) Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 109.

dingung aber dürfen die oberen Gerichte in Ermangelung jener administrativen Disciplinargewalt (unter 1.) allgemeine Dienstmaaßregeln, z. B. die Suspension, Visitation u. s. w. gegen einen Unterbeamten verfügen, während sie überall befugt sind, wegen Uebertretung an sich klarer und unzweideutiger Gesetze die Verurtheilung in die dadurch einer Partei verursachten Kosten auszusprechen.[19a]

In solcher Weise ist nach allen Seiten hin das Verhältniß der Instanzen zu einander geregelt und begrenzt. Soweit den oberen Gerichten ein gesetzlicher Einfluß auf die Thätigkeit der unteren nicht eingeräumt ist, sind diese durchaus selbständig, eben deshalb auch weder berechtigt noch verpflichtet, sich von jenen Rechtsbelehrungen ertheilen zu lassen.[20]

II. Die Coordination zweier Gerichte ist anzunehmen, wenn die Grenzen (nicht gerade die geographischen) ihrer objectiven Competenz verschiedene sind. Darin liegt, daß die coordinirten Gerichte, mögen sie auf derselben oder auf verschiedenen Stufen stehen, einander ausschließen, oder was dasselbe sagt, daß jedes Gericht, indem es in die Competenz eines coordinirten Gerichts eingreift, immer zugleich seine eigene überschreitet. Außerhalb der ihm gesetzten Schranken aber ist der Richter nicht Richter,[21] und amtliche Handlungen weder selbst noch durch Vermittelung des Gerichtsdieners vorzunehmen berechtigt, weshalb den dennoch von ihm vorgenommenen ihrer Nichtigkeit wegen[22] ungestraft

---

19a) Arg. c. 1 in VI. de sent. exc. (5, 11). Vgl. Pütter: Rechtsfälle IV. resp. 162 nr. 13—15, Strippelmann IV. 2. S. 110 fg., und den §. 60 Note 127, 128.

20) Nov. 125 c. 1 und dazu Bülow und Hagemann: Pract. Erörterungen I. S. 79, Martin: Lehrbuch §. 66.

21) L. 20 D. de jurisd. (2, 1): „Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere." Vgl. auch Siculus Flaccus: De cond. agr. (ed. Blume p. 135), l. 3 D. de off. Praef. Urbi (1, 12), l. 3 D. de off. Praes. (1, 18), l. 239 §. 8 D. de V. S. (50, 16), l. 4 C. de decur. (10, 31), c. 4 X. de jud. (2, 1). Eine Ausnahme statuirt unter ausdrücklicher Anerkennung der Regel c. un. Clem. de foro comp. (2, 2).

22) Dies kann nach l. 20 D. cit. (Note 21) nicht zweifelhaft sein, erleidet jedoch insofern eine Ausnahme, als die Insinuation richterlicher Decrete an eine im Rechtsstreit bereits aufgetretene — vgl. Entsch. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen IV. 8 sub 7 — Partei von dem in der Sache competenten Richter vollkommen gültig durch seinen Gerichtsdiener auch in einem fremden Sprengel bewirkt wird, sofern nur der Addressat das Decret annimmt, weil es sich dabei um nichts Anderes als um den erforderlichen Beweis der Insinuation handelt, während z. B. die auf gleiche Art vorgenommene Ladung eines fremden Zeugen ungültig sein würde, da ihm in Ermangelung des Gerichtszwanges das Erscheinen nicht geboten werden kann.

widerstanden wird.[23] Es kann mithin wohl vorkommen, daß ein Gericht in einer bei ihm anhängigen Sache zur Verfügung von Ladungen, Augenscheinen, Zeugen- und Sachverständigenverhören, Eidesleistungen und Executionen competent ist, welche es, weil sie in fremden Competenzgebieten zu vollziehen sind, von sich aus nicht ins Werk zu setzen vermag. Die Ausschließlichkeit der coordinirten Gerichte hat hierin ihre nothwendige Consequenz.

Viele Sachen würden sich jedoch gar nicht, oder nicht ohne schwere Benachtheiligung der Parteien erledigen lassen, wenn es dieser Consequenz gegenüber kein Auskunftsmittel gäbe. Deshalb haben in speciellen Anwendungen schon das römische[24] und das canonische[25] Recht, dann aber verallgemeinert die italienische[26] und die deutsche[27] Praxis den Grundsatz anerkannt, daß die coordinirten Gerichte desselben Staates gegenseitig verpflichtet seien, sich auf gehöriges Ansuchen (Requisition, literae mutui compassus s. requisitoriales) mit der erforderlichen Hülfeleistung (subsidium juris) zu unterstützen.[28] Es hat dieser Grundsatz seine Basis in

---

So entscheiden gewiß richtig nach dem Vorgang der Italiener Gaill: Obs. I. 56 nr. 3, 4 (und dazu nr. 7 vers. Prima via), Mevius: Decis. VII, 390, 391 not. 4, womit auch Martin: Lehrbuch §. 109 Note h. einverstanden zu sein scheint, indem er gegen Leyser: Medit. I. 32 §. 2 die Verwendung von Notaren (denen in dieser Beziehung die Gerichtsdiener offenbar gleichstehen) zu auswärtigen Insinuationen für zulässig erklärt.

23) Vgl. Mevius l. c. VII. 391, Bayer: Vorträge §. 88 a. E. In dieser Beziehung hat auch die Ausnahme der vorigen Note keine Geltung, d. h. die zu ladende Partei kann die Annahme des Decrets ohne Nachtheil verweigern.

24) L. 7 D. de custodia (48, 3), l. 1 §. 1, 2 D. de requ. v. abs. damn. (48, 17), nov. 90 c. 5 [vgl. mit l. 16 (rest.) C. de test. (4, 20), l. 18 C. de fide instr. (4, 21)], nov. 134 c. 5. Die l. 15 §. 1 D. de re jud. (42, 1) und l. 13 §. 3 C. de jud. (3, 1), welche sich allein auf den C. Pr. beziehen, erfordern die Vermittelung der höheren Instanz.

25) C. 3 X. de fidejuss. (3, 22), c. 1 §. 3 in VI. de foro comp. (2, 2), c. 1 Clem. eod. (2, 2). Zweideutig ist c. 14 X. eod. (2, 2).

26) Vgl. gl. Pastoralis], gl. De more] ad c. 1 Clem. de sent. et re jud., Bart. ad l. 1 §. 1 D. de requ. v. abs. damn., Maranta: Spec. aur. VI. de citat. nr. 40. Vgl. auch §. 23 Note 45.

27) Als Beleg hierfür können die Citate der Note 32 gelten. Außerdem vgl. Carpzov: Defin. I. 2 d. 28, I. 32 d. 1, Stryk: U. M. II. 4 §. 11, Pufendorf: De jurisd. germ. I. 4 §. 27, Bülow und Hagemann: Pract. Erört. IV. S. 117, Martin: Lehrbuch §. 66.

28) Mit der Lehre von der Requisition beschäftigen sich speciell Lips: Diss. de litteris mutui compassus propter testes exhiberi solitis, Lips. 1684, Schulz: Diss. de citatione subsidiaria, Francof. 1685, Pet. Müller: Diss. de cit. subsidiaria, Jen. 1693, Erath: Tr. de requisitione judiciali, Brunsv. 1747, Zwierlein: Diss. I. de litteris requisit. ex usu Romanorum antiquiori et recentiori, Goett. 1758, diss. II. de litt. requis. ex usu Germanorum antiquiori et recentiori, Goett. 1758, Hartleben: Erörterung der nach R. K. gerichtlichen Grundsätzen noch unerörterten Rechtsmaterie von Re-

der Einheit der von den einzelnen Gerichten ausgeübten Gerichtsbarkeit, die es zugleich mit sich bringt, daß wenn der Requisition nicht Folge geleistet wird, eine Beschwerde an das höhere und weiterhin an das höchste Gericht Statt findet.[29] Unter Gerichten verschiedener Staaten dagegen machen sich andere Grundsätze geltend. Zwar ist es eine Folge des völkerrechtlichen Schutzes, welchen wohlerworbene Rechte in allen gesitteten Staaten genießen, daß die aus einem rechtskräftigen Urtheil entspringende a. judicati und exc. rei judicatae von der berechtigten Partei auch in einem fremden Lande realisirt werden kann.[30] Indeß die Hülfeleistung, welche ein Gericht (auf Antrag der betreibenden Partei) bei einem anderen nachsucht, fällt damit nicht zusammen; sie steht von Staatsverträgen abgesehen unter keinem anderen Gesetz, als dem des gegenseitigen Interesses, und wird daher auch nur gegen das Erbieten zu gleichen Diensten (sub assertione reciproci) gewährt.[31]

---

quisitionen, Wetzlar 1792, Gesterding: Von der Macht des Richters, welcher die Rechtssprüche eines Anderen vollzieht, 1827 (in seiner Ausbeute von Nachforschungen II. 1), Spangenberg in der Zeitschr. für C. R. u. Pr. III. 22, Mittermaier im Arch. für civil. Pr. XIV. 3, Strippelmann: Neue Sammlung III. 1 S. 1 fg., Endemann: Die Rechtshülfe im norddeutschen Bunde, Erläuterungen des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1869.

29) Vgl. Carpzov: Proc. jur. VII. 3 nr. 16, Defin. I. 2 d. 28, Stryk: U. M. II. 4 §. 11, Bülow und Hagemann a. a. O. IV. S. 117, 123, Bayer: Vorträge §. 88, Martin: Vorlesungen I. S. 406, Gesterding a. a. O. II. S. 318.

30) Vgl. Gaill: De pace publ. II. 17 nr. 35, Savigny: System VIII. S. 260, Erk. des O. A. Gerichts zu Cassel bei Seuffert: Archiv XI. 104. Nicht zu billigen aber ist die Meinung Gesterding's a. a. O. II. S. 310, womit die Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart bei Seuffert: Archiv VII. 263 übereinstimmt, daß der siegreiche Kläger bei dem fremden Gericht nicht einmal eine förmliche a. judicati, sondern nur einen Executionsantrag anzubringen brauche.

31) Vom C. R. wird die Anrufung des brachium seculare seitens der geistlichen Gerichte erwähnt — c. 4 D. 17, c. 1, 14 X. de off. jud. ord. (1, 31). c. 2 X. de maledict. (5, 26), c. 2 X. de cler. excomm. (5, 27) —, und dieser ist in der Doctrin des Mittelalters die Anrufung der geistlichen Gewalt seitens der weltlichen Gerichte nachgebildet. Vgl. gl. Publicum] ad c. 1 X. de off. jud. ord., Innocent. ad idem c., Panormitanus ad idem c. nr. 10, Natta: Cons. III. 529 nr. 8. Vgl. auch Gaill: Obs. I. 115, De pace publ. II. 17 nr. 33, 34, J. H. Boehmer: J. E. P. II. 27 §. 54, 55. Außerdem aber kennt das C. R. die Requisition auch schon in der Anwendung des Textes, wovon c. 2 Clem. de sent. et re jud. (2, 11) zu verstehen ist, verb. „Nos quoque, regis [sc. Roberti, Siciliae regis] ordinarius judex, quod ad imperatoris judicium citaremus vel citari aut remitti faceremus eundem, nequaquam fuimus requisiti" — und so ist dieselbe in die völkerrechtliche Praxis der modernen Staaten übergegangen. Vgl. über dieselbe Mynsinger: Obs. III. 68, Gaill: De P. P. II. 17 nr. 35, Rulant: Tr. de commiss. I. 5 c. 3, Coler: De proc. execut. III. 7 nr. 37, 42, Carpzov: Proc. jur. VII. 3 nr. 17 sequ. (wo die leitenden Gesichtspuncte aufgestellt werden ohne rechte

Bloß die Gerichte der deutschen Staaten sind im Verkehr miteinander stets weiter gegangen. Bis zur Auflösung des alten Reichs brachte es die Einheit der Reichsjustizverfassung mit sich, daß die Gerichte aller deutschen Länder sich gegenseitig Hülfe zu leisten hatten, und im Falle der Weigerung durch reichsgerichtlichen Zwang zur Folgeleistung angehalten werden konnten.[32] Seitdem aber behandelten sie einander in Nachwirkung des früheren Reichsverbandes noch immer so, wie wenn sie Gerichte eines Staates wären, nur daß freilich die Beschwerden in letzter Instanz nicht mehr an ein ihnen allen übergeordnetes Reichsgericht, sondern an das höchste Gericht des Staates führten, welchem das requirirte Gericht angehörte.[33] Und in neuester Zeit ist dieses Verhältniß durch ein die Gewährung der Rechtshülfe betreffendes Bundesgesetz (vom 21. Juni 1869) auch rechtlich fixirt worden.[34] Es bezieht sich dasselbe jedoch nicht nur auf die Rechtshülfe unter den Gerichten verschiedener Bundesstaaten, sondern ordnet ausdrücklich (§. 1) auch die so genannte innere Rechtshülfe, stellt also bezüglich des subsidium iuris sämmtliche Gerichte Deutschlands unter die gleichen Grundsätze. Diese sind im Wesentlichen folgende:

1. Während nach der gemeinrechtlichen Praxis nur dasjenige Gericht um Rechtshülfe bitten kann, welches für die zu vollziehende Verfügung, d. i. für die Sache, in der diese ergangen, competent ist, und folgeweise das requirirte Gericht sich der Competenz des requirirenden Gerichts zu versichern hat,[35] soll hiervon in Zukunft nicht mehr die Rede sein. „Das ersuchte Gericht darf die Rechtshülfe selbst dann nicht verweigern, wenn es die Zuständigkeit des

---

Unterscheidung zwischen inländischen und ausländischen Gerichten), Huber: Prael. ad Pand. I. 3 §. 2, Mevius: Decis. VI. 7 not. 3, VII. 390 not. 7, Stryk: U. M. II. 4 §. 11, Pütter: Nova epit. §. 151, Bülow und Hagemann a. a. O. IV. 23, Gesterding a. a. O. II. S. 319.

32) Vgl. Kulant l. c. I. 5 c. 4 nr. 21, Mevius l. c. VII. 87 nr. 2, J. J. Moser: Von der deutschen Justizverfassung I. S. 1136 §. 4 Nr. 4, Gesterding a. a. O. II. S. 319.

33) A. M. ist Gensler: Commentar über Martin's C. Pr. Lehrb. S. 106. S. dagegen Morstadt in Note 1 ad h. l., Gesterding a. a. O. II. S. 324, Strippelmann a. a. O. III. 1 S. 2.

34) Die verfassungsmäßige Grundlage für dieses Gesetz, welches demnächst auf die süddeutschen Staaten ausgedehnt worden ist, bilden die Verfassung des norddeutschen Bundes Art. 4 unter 11, und die Verf. des deutschen Reichs Art. 4 unter 11.

35) Vgl. Gaill: Obs. I. 115 nr. 10, Ludolff: Obs. II. 120, J. H. Boehmer: J. E. P. II. 27 §. 57, Zwierlein l. c. diss. I. p. 43, Bülow und Hagemann a. a. O. IV. S. 120, Strippelmann III. 1 S. 3 fg., S. 13.

ersuchenden Gerichts nicht für begründet hält" (§. 1 Abs. 2). Es wird dafür geltend gemacht, daß die Incompetenz des Requirenten (d. i. des Proceßgerichts) zu rügen, Sache der interessirten Partei und nicht des requirirten Gerichts sei, für das sich eine solche Aufgabe aus dem von ihm zu gewährenden Gerichtszwange nicht ergebe.[36] Dabei scheint indeß übersehen, daß für das requirirte Gericht doch zunächst in Frage kommt, ob es die Pflicht habe, die Rechtshülfe zu gewähren, ja daß es möglicher Weise selbst für die Sache zuständig ist.[37] Jedenfalls wird es sich dieser Prüfung auch fernerhin in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht entziehen dürfen, in denen eine zur Bestreitung der Competenz berechtigte Partei nicht immer vorhanden ist, und auf welche sich das Gesetz vom 21. Juni 1869 überhaupt nicht bezieht.

2. Stets aber hat das requirirte Gericht die eigene Competenz zu der nachgesuchten Handlung zu prüfen, und danach festzustellen, einmal ob diese Handlung nach dem Rechte, unter dem es selbst steht, an sich und in der erbetenen Form erlaubt sei, und ferner, ob sie in seinen Geschäftskreis falle[38] So wird es untersuchen, ob die erbetene Executionsart oder Eidesabnahme seinem Rechte entspreche,[39] ob die Person, die es laden oder als Zeuge vernehmen soll, seinem Gerichtszwang unterworfen, der Zeuge auch zur Ablegung des Zeugnisses verpflichtet sei.[40] Dagegen darf es sich außer in den Fällen der freiwilligen Jurisdiction, in denen von Amts wegen vorgeschritten worden ist,[41] keine Cognition über die materielle Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Verfügung zueignen,[42] z. B. über die Begründung der Klage, um deren Insinuation es sich handelt, weil es dadurch zur höheren Instanz werden

36) Vgl. Motive zu §. 1 des Ges. vom 21. Juni 1869.

37) Diese Frage hat man sich, wie es scheint, weder bei Berathung des Gesetzes vom 21. Juni 1869, noch bei der der Justizgesetze (vgl. Gerichts-Verfassungs-Ges. §. 157 fg.) vorgelegt.

38) So schon nach gemeinem Recht — vgl. Note 39, 40 — und nunmehr nach §. 37 des Ges. vom 21. Juni 1869.

39) Vgl. Spangenberg a. a. O. III. S. 429, Strippelmann IV. 2 S. 477 fg. Motive zu §. 37 des Ges. vom 21. Juni 1869.

40) Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert V. 318.

41) Decret des O. A. G. zu Cassel bei Strippelmann III. 1 S. 24 und bei Seuffert: Archiv I. 113.

42) Arg. l. 6, 8 C. de exec. rei jud. (7, 53), c. 28 §. 3 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29), c. 5 X. de sent. et re jud. (2, 27). Vgl. auch Mevius: Decis. VI. 4, Bülow und Hagemann a. a. O. IV. S. 119, Gönner: Handbuch III. 61 §. 23, Linde: Handbuch IV. S. 210, Gesterding a. a. O. II. S. 313, Strippelmann III. 1 S. 3, 7, 22, 26, Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert IV. 147.

würde. Insbesondere gilt dies für die Execution der Urtheile (die s. g. executio subsidiaria)[43] und zwar mit der Maaßgabe, daß sogar die Frage nach der Rechtskraft vom requirirten Richter dann nicht zu prüfen ist, wenn die Vollstreckung von dem Proceßgerichte selbst nachgesucht wird.[44] Einer Bescheinigung der Vollstreckbarkeit bedarf es daher in diesem Falle nicht.[45] Dagegen wird eine solche allerdings erfordert, wenn — was durch den §. 10 des Rechtshülfe-Gesetzes unter Umständen ausdrücklich in Aussicht genommen ist — die Vollstreckung unmittelbar durch die Partei erbeten wird, indem dann in der That der Gesichtspunkt der Rechtshülfe nicht mehr zutrifft, sondern es sich um eine directe imploratio officii judicis im Gerichtsstande der Zwangsbefugniß handelt.[46] — Sollte die angestellte Prüfung die Unzuständigkeit des requirirten Gerichts ergeben, so hat dasselbe das Requisitionsgesuch an das seiner Meinung nach zuständige Gericht abzugeben.[47]

3. Eigentliche Verhandlungen finden bei dem requirirten Gericht nicht Statt. Doch wird es den Parteien nicht zu verwehren

---

43) Gemeinrechtlich bestritten ist, ob der requirirte Richter auf die Einrede der Nichtigkeit eingehen dürfe. In der älteren Praxis wurde diese Frage mit Berufung auf l. 6 D. de feriis (2, 12), l. 75 D. de jud. (5, 1), l. 4 §. 6 D. de re jud. (42, 1) unbedingt bejaht — vgl. Gaill: Obs. I. 115 nr. 4, 5 (wo auf die Italiener und ein Urtheil des R. K. Gerichts verwiesen wird), Stryk ad jus eccl. Brunnemanni II. 11 c. 4, Brunnemann ad l. 6 C. de exec. rei jud. nr. 4 —, und wenn J. H. Boehmer: J. E. P. II. 27 § 57 eine offenbare oder in continenti zu beweisende Nullität voraussetzte, so bezeichnete er dadurch nicht eine sachliche, sondern nur eine processualische Beschränkung (die Ausschließung einer exceptio altioris indaginis). Dieser Ansicht Böhmer's neigten sich unter den Neueren Gesterding a. a. O. II. S. 315 fg., Linde a. a. O. IV. S. 210 Note 8 zu, während gewöhnlicher dem requirirten Richter jede auf die Sache eingehende Cognition schlechthin abgesprochen wird, was nach dem argumentum e contrario als die durch den §. 37 des Gesetzes vom 21. Juni 1869 gebilligte Ansicht anzusehen ist. Vgl. auch die Motive zu dem angeführten §. 37.

44) Anders das gemeine Recht. Vgl. Gaill: l. c. I. 115 nr. 4, auf den sich wieder Friderus Mindanus: De mandatis II. 65 §. 1 beruft, sodann Gesterding II. S. 318, Spangenberg a. a. O. III. S. 429, Mittermaier a. a. O. XIV. S. 100, Strippelmann III. 1 S. 7.

45) Vgl. Ges. vom 21. Juni 1869 §. 10. Anders das gemeine Recht nach Spangenberg a. a. O. III. S. 429, Strippelmann III. 1 S. 7, 22, 26 (s. auch Seuffert: Archiv I. 113).

46) In dieser Richtung gehen die neuen Justizgesetze noch weiter; sie machen durch die Einführung von selbständigen Vollstreckungsbeamten und den s. g. Proceßbetrieb der Parteien die Requisition für Executionen, Ladungen und Insinuationen unanwendbar. Vgl. das Reichs-Ger. Verf. G. §. 161 mit der Reichs-C. P. O. §. 684, 685, 729, 755.

47) So das Ges. vom 21. Juni 1869 §. 44. Anders nach der gemeinrechtlichen Auffassung. Vgl. Strippelmann IV. 2 S. 477.

sein, Einwendungen sowohl gegen die Zulässigkeit der Rechtshülfe überhaupt, wie gegen die Art und Weise des vorzunehmenden Actes, speciell gegen die Wahl der Executionsobjecte und den Executionsmodus vorzubringen.[48] Auch etwaige Einwendungen Dritter in Betreff des in Anspruch genommenen Executionsobjects gehören zur Cognition des requirirten Richters.[49] Seine dem Rechtshülfe-Gesuch deferirende oder dasselbe ablehnende Entscheidung unterliegt der Beschwerde an das ihm übergeordnete Gericht.[50] Wem dieses Rechtsmittel zustehe, hat das Rechtshülfe-Gesetz nicht entschieden. Gemeinrechtlich wird es dem requirirenden Gericht gegen das ablehnende Decret,[51] der interessirten Partei gegen das zulassende gegeben.[52] Von der bewirkten Vollziehung des Auftrags macht das requirirte Gericht dem requirirenden die entsprechende actenmäßige Mittheilung.

Von der subjectiven Competenz oder dem Gerichtsstande.*

§. 39.

Da für die Organisation der Gerichte und die Begrenzung ihrer objectiven Competenz die Eintheilung des Staatsgebiets in Gerichtssprengel die regelmäßige Grundlage bildet, so entsteht nunmehr die Frage, durch welche Merkmale ein Rechtsstreit an eine bestimmte Oertlichkeit und das für diese eingesetzte Gericht geknüpft werde. Diese Frage betrifft nicht bloß die ordentlichen Gerichte, sondern auch einen Theil der Ausnahmsgerichte, diejenigen

48) Ges. vom 21. Juni 1869 §. 8. Vgl. Gaill I. 115 nr. 3, 4, Mevius l. c. VI. 4, G. L. Boehmer: Princ. jur. can. §. 827, Bülow und Hagemann a. a. O. IV. S. 119, Danz: Grundsätze §. 458 N. d, Gönner a. a. O. III. 61 §. 23, Linde a. a. O. IV. S. 212 fg., Gesterding II. S. 313.

49) Ges. vom 21. Juni 1869 §. 8 Abs. 2.

50) Ges. vom 21. Juni 1869 §. 38.

51) Vgl. Note 29.

52) Dies erkennt die Praxis an, wie die Beispiele bei Strippelmann III. 1 S. 10—27, und in dem Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert IV. 147 beweisen.

*) Tit. Dig. 5, 1 de judiciis. Cod. 3, 15—26. X. 2, 2. Lib. VI. 2, 2. Clem. 2, 2 de foro competente. — Bielitz: Ueber den verschiedenen Gerichtsstand, Leipz. 1801. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 1—15. — Ueber das deutsche Recht insbesondere vgl. Stobbe in Bekker's und Muther's Jahrb. des gem. D. R. I. 13, Simon: Juris saxon. medii aevi de foro competenti praecepta, Regim. 1867, Sohm: Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung I. §. 12.

nämlich, welche auf geographischen Grundlagen in der Mehrzahl existiren, wie die Gerichte der Schriftsässigen (und die Criminalgerichte); unmittelbar durch die objective Competenz, wenigstens mit Hülfe der unten sub 3. aufzustellenden Regel, werden nur die vor die übrigen Ausnahmsgerichte (vgl. §. 37 I. 2 und II. 2) gehörigen Sachen bestimmt.

Wenn aber von der Subjection der einzelnen Proceßsachen unter die Competenz der örtlichen Gerichte die Rede ist, so muß sogleich auf eine Beschränkung aufmerksam gemacht werden, deren Bedeutung bereits im vorigen §. hervorgetreten ist. Personen nämlich und Sachen haben reale örtliche Beziehungen, dagegen ist der Zusammenhang eines Rechtsstreits mit diesem oder jenem Gerichtssprengel immer ein idealer. Es ist deshalb nicht nur an sich, sondern speciell nach dem gemeinen Proceßrechte möglich, daß ein Rechtsstreit unter die Competenz eines Gerichts fällt, in dessen Sprengel die Parteien, oder die zu vernehmenden Zeugen, oder die zur Execution geeigneten Objecte sich nicht befinden. Auf die einen wie auf die anderen aber ist eine reale Einwirkung, der Gerichtszwang, nur unter Voraussetzung ihrer wenn auch bloß vorübergehenden Gegenwärtigkeit innerhalb des Gerichtsbezirks gestattet,[1] und obschon daher das in der Sache competente Gericht allerdings berechtigt erscheint, die Ladung von auswärtigen Parteien und Zeugen, sowie die Execution über auswärts gelegene Objecte zu verfügen, so geht ihm selbst doch die Gewalt zur Vollziehung dieser Verfügung ab. Mit anderen Worten, der Gerichtszwang steht der gerichtlichen Competenz nicht überall zur Seite. Daraus aber folgt, daß wenn in einer Sache der Gerichtszwang principaliter in Anspruch genommen wird, z. B. zum Zweck der Einweisung in den Besitz, der Arrestanlage, dann die Befugniß zu seiner Anwendung ausnahmsweise auch für die Competenz in der Hauptsache maaßgebend ist.[2]

Immerhin erhält jedes Gericht dadurch, daß es in der Sache competent ist, auch insofern eine Herrschaft über die Parteien, selbst wenn diese in seinem Sprengel nicht anwesend sein sollten, als der ihm mangelnde Gerichtszwang sich durch die Hülfeleistung des für denselben competenten Gerichts ersetzen läßt, und das von ihm gefällte Urtheil das streitige Rechtsverhältniß in eine neue definitive

1) Vgl. die Belege in §. 38 Note 21.
2) Hierüber das Nähere in §. 41 unter IV.

Form umwandelt Man nennt diese Herrschaft des Gerichts über die Parteien in Anwendung auf den betreffenden Rechtsstreit Competenz im subjectiven Sinn, so wie die entsprechende Unterordnung der Parteien Gerichtsstand, forum.

Hieran knüpft sich die Frage, ob auch der Landesherr in seinen und des Landes (Staats, Fiscus) privatrechtlichen Verhältnissen der Gerichtsbarkeit unterworfen, ob er Recht zu nehmen und Recht zu geben schuldig sei.[3] Sieht man dabei von dem rein staatsrechtlichen Unterschied zwischen Administrativ- und Justizsachen ab, und beschränkt die Frage auf die letzteren, so leuchtet sofort ein, daß man den Landesherrn rücksichtlich der Geltendmachung von Privatrechten allerdings an die Vermittelung seiner Gerichte als der dazu geeignetsten Organe gebunden erachten muß.[4] Dagegen kann er als Träger der Gerichtsbarkeit nicht verpflichtet sein, vor seinen eigenen Gerichten Recht zu geben, und sich deren abgeleiteter Gerichtsbarkeit auch wider seinen Willen gleich jedem anderen Verklagten zu unterziehen. Nach dieser Seite also ist die aufgestellte Frage aus allgemeinen Gründen zu verneinen.[5] Nichts desto weniger fällt die Antwort des positiven Rechts etwas anders aus. Zwar kommt hier nicht in Betracht, daß die deutschen Landesherrn, so lange sie unter der höheren Gewalt von Kaiser und Reich standen, sowohl vor den kaiserlichen Gerichten,[6] als vor den mit dem ewigen Landfrieden eingeführten gesetzlichen Austrägalinstanzen[7]

---

3) Vgl. darüber Pfeiffer: Pract. Ausführungen I. S. 224 fg., Zachariä: Deutsches St. und B. R. II. §. 176.

4) Hiermit stimmen schon die zur Zeit der fränkischen Monarchie geltenden Grundsätze überein — vgl. Roth: Feudalität S. 225 —, und in späterer Zeit Magd. Schöffenurth. I. 6 d. 10. Im Uebrigen s. Mevius: Decis. IV. 230, J. J. Moser: Von der teutschen Justizverfassung I. S. 134, Struben: Rechtl. Bedenken I. 177 §. 2. Da hier nur von Justizsachen die Rede ist, so scheiden von der obigen Regel die auf staatsrechtlichem Titel beruhenden Vermögensansprüche, z. B. die auf Zahlung von Steuern gerichteten aus. Auch ist jene Regel um deswillen von keiner besonderen Bedeutung, weil sich der Landesherr oder die ihn vertretenden Behörden durch eigenmächtiges Vorgehen leicht in die Verklagtenrolle setzen können.

5) Hiermit stimmen überein Brauer: Beiträge zum Staatsrecht des Rheinischen Bundes S. 204, Martin: Lehrbuch §. 49 g, Vorlesungen I. S. 324, Brackenhoeft: Erörterungen §. 97 Note 4, Bayer: Vorträge (8. Aufl.) S. 219. A. M. ist Pfeiffer a. a. O. I. S. 216, 225. — Zachariä a. a. O. erkennt zwar obigen Satz im Allgemeinen an, nimmt jedoch sofort eine Beschränkung in denselben auf, wenn er sagt, der Souverän als solcher sei weder für seine Person, noch hinsichtlich der Zuständigkeit der Staatsgewalt der Competenz der Gerichte unterworfen.

6) Vgl. §. 33 Note 152, 156, 202, 220.

7) Vgl. §. 33 Note 157, 158. Nach der K. G. O. von 1500 tit. 11 verbis:

belangt werden konnten. Sie selbst aber boten daneben schon damals (bereits zur Zeit der Rechtsbücher[8]) einen bequemeren Rechtsweg an, indem sie in Civilsachen (ähnlich wie später der Kaiser[9]) das sie unmittelbar vertretende Gericht als ihren Richter anerkannten.[10] Und da nun diese Unterordnung von ihrer Stellung zum Reich vollkommen unabhängig war, und nicht auf äußerer Nöthigung, sondern auf freier, wennschon dem Herkommen entsprechender Selbstbeschränkung beruhte, so ist nicht anzunehmen, daß darin durch die Auflösung des Reiches Etwas geändert worden sei.[11] Unberechtigt aber ist die von neueren Publicisten auf-

---

„wollen wir, daß Bürger und Bauern hinführo gegen Fürsten und Fürstenmäßige, denen sie nicht unterthan sind, in aller Maaße Rechtfertigung üben sollen, wie von der Rechtfertigung der Grafen ꝛc. geschrieben steht," könnte es zweifelhaft scheinen, ob der Weg der Austrägalinstanz auch von den Unterthanen gegen ihre Landesherrn habe betreten werden können, die Praxis des R. K. Gerichts aber nahm dies an, und ließ den Unterthanen die Wahl zwischen dem Austrag und den Landesgerichten. Vgl. Pütter: Rechtsfälle III. 264 §. 31, Schelhaß: Ueber die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte in Klagen zwischen den mittelbaren Reichsunterthanen und ihrer Landesobrigkeit S. 44, Pfeiffer a. a. O. I. S. 222.

8) Nach sächs. Ldr. I. 59 §. 2, III. 52 §. 3 (und Gl. ad h. l., welche hinzufügt „in borgerliker Klage, und nicht in pienliker"), sächs. Weichb. c. 18 §. 1, Dsp. c. 287 klagt man über den Richter (d. i. Grafen) vor dem Schultheißen.

9) Ueber die älteren Grundsätze des fränkischen Rechts, welche den oben angenommenen principiellen Standpunkt vertreten, vgl. §. 33 Note 21 — und dazu Sohm a. a. O. (Note *) I. S. 26, 27 —, über den später in Deutschland üblich gewordenen Brauch §. 33 Note 174.

10) Auf diesen Gebrauch deutet die K. G. O. von 1555 II. 6 §. 3, noch bestimmter aber die Wahlcapitulation von 1790 XIX. 6: „Wenn auch Landstände und Unterthanen wider ihre Obrigkeit in Privatsachen, welche die landesfürstliche Kammer betreffen, Klage führen, so sollen und wollen Wir diese bei ihren ordentlichen Landesgerichten entscheiden lassen, weder den Reichsgerichten gestatten über solche Klagen in letzter Instanz, wenn privilegia de non appellando vorhanden sind, und darinn kein ausdrücklicher Vorbehalt enthalten, oder ein anderes durch Verträge mit den Landschaften und Obrigkeiten nicht bestimmt ist, zu urtheilen." Daß das R. K. G. diese neue Bestimmung als reichsconstitutionswidrig betrachtete — vgl. Schmelzer: Das Verhältniß auswärtiger Kammergüter S. 115 und überhaupt Leist: Lehrb. des teutschen St. R. §. 147 —, kommt hier nicht in Betracht. Nachweisungen aus den Particulargesetzen finden sich bei Mevius: Decis. IV. 230, Moser: Von der deutschen Justizverfassung I. S. 24, Struben: Unterricht von Regierungs- und Justizsachen III. §. 12, Bülow und Hagemann: Pract. Erört. I. S. 250 fg., Pfeiffer: Pract. Ausf. I. S. 230 fg., Zachariä a. a. O. II. §. 176 Note 7. Eine zahlreiche Litteratur hat Danz: Grundsätze §. 24 h. zusammengestellt. Zachariä §. 176 Note 11 macht die richtige Bemerkung, daß die Landesherrn zu jener Unterordnung durch ihren eignen Vortheil bestimmt worden seien.

11) A. M. ist Brauer a. a. O. (Note 5). Dagegen nehmen Pfeiffer a. a. O. I. S. 228 fg. und Zachariä a. a. O. II. §. 176 Note 14 wohl mit Recht an, daß die W. Schl. A. Art. 29 (deren Inhalt sich jetzt im Art. 77 der deutschen Reichsverfassung wiederholt findet) die Landesherrn verpflichte, Recht vor ihren Gerichten zu geben, weil sonst eine Verweigerung der Justiz

gestellte Behauptung, nur die staatsrechtliche Persönlichkeit des Landesherrn sei den Gerichten nicht unterworfen, die privatrechtliche habe kein Vorrecht. Dem deutschen Staatsrecht ist eine solche Sonderung fremd.[12] Nicht weil der Landesherr in privatrechtlicher Beziehung als Privatmann anzusehen wäre, gibt er Recht, sondern weil er sich aus freiem, wennschon mitunter durch Landesreversalien und Verfassungsgesetze bestätigtem Entschluß den Gerichten unterworfen hat.[13] Und dies ist von Wichtigkeit, weil danach auch gegen auswärtige Landesherrn nur mit deren Zustimmung gerichtlich vorgeschritten werden darf.[14]

Im Allgemeinen nun gelten für den Gerichtsstand folgende Regeln.

1. Ubi coeptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet, d. h. die Competenz des Gerichts bestimmt sich

---

Statt finden würde; von der Voraussetzung einer solchen Verpflichtung scheint auch die W. Schl. A. Art. 30 auszugehen. Uebrigens erklärten nach Klüber: Uebersicht der Verh. des Wiener Congresses S. 175 fg., 260, 270 auf dem ersten Wiener Congresse mehrere deutsche Fürsten, daß sie bisher schon die Competenz der Landesgerichte in Klagsachen gegen die Regierung anerkannt hätten.

12) Von dieser Unterscheidung gehen aus Bülow und Hagemann: Pract. Erört. I. S. 247, 251, IV. S. 139 fg., Pfeiffer a. a. O. I. S. 225, Zachariä a. a. O. II. §. 176 unter II. und Note 13 (verb. „die er als Privatmann eingegangen"). Allerdings ist der Landesherr des Privatrechts fähig, kann Vermögen haben, aber er ist deshalb noch kein Privatmann, selbst nicht in so weit, als sein Vermögen staatsrechtlich nicht zu öffentlichen Zwecken bestimmt ist. Es läßt sich nur sagen, in Beziehung auf das Privatrecht habe er der Regel nach Nichts vor Privatleuten voraus, könne er mithin wie ein Privatmann angesehen werden, wobei aber festzuhalten ist, daß die Unterordnung unter die Gerichte dem Staatsrecht, nicht dem Privatrecht angehört. Dagegen verhindert der oben aufgestellte Gesichtspunct nicht, bei dem Landesherrn eine Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse anzunehmen, obschon die Reichsgesetze rücksichtlich der Competenz des R. K. G. vor der Wahlcapitulation von 1790 XIX. 6 (im Verlauf der oben in Note 10 abgedruckten Stelle) auch zwischen Staats- und Privatsachen nicht unterschieden zu haben scheinen. Vgl. Leist a. a. O. §. 147, daneben jedoch die Resol. des R. H. Raths von 1730 bei Moser: Von der teutschen Justizverfassung I. S. 28.

13) Darauf weist auch die ältere Ausdrucksweise hin. Vgl. z. B. Mevius: Decis. IV. 230, Moser a. a. O. I. S. 25 fg. Ein neueres Erk. des O. A. Gerichts zu Darmstadt, welches das obige Princip anerkennt, findet sich bei Seuffert: Archiv VIII. 297.

14) Vgl. Stryk: U. M. V. 1 §. 22, Struben: Rechtl. Bed. III. 3 §. 1 nebst den daselbst Citirten, Moser a. a. O. I. S. 44 (vgl. auch S. 42), Strippelmann: Neue Sammlung III. 1 S. 368, 370. Der aufgestellte Grundsatz kommt in Betracht bei dem forum landsassiatus, solutionis, contractus, arresti, delicti commissi. Eine Ausnahme ist jedoch zu statuiren bezüglich der Lehngüter und Grundstücke, welche der auswärtige Landesherr im Inlande besitzt. Arg. die Stellen des §. 32 Note 23, des §. 41 Note 47, 48. Vgl. Moser I. 29, 44, Kreittmayr: Anmerkungen über den Cod. jur. Bavar. jud. I. §. 12 c.

für jeden Proceß nach der Zeit seines Beginns (d. h. hier der Insinuation der Klage[15]), so daß wenn der anfangs vorhandene Competenzgrund späterhin wegfällt, die einmal begründete Competenz doch fortbesteht.[16] Heut zu Tage erstreckt sich sogar die einmal begründete Competenz auch auf die Executionsinstanz, sofern diese nicht durch die a. judicati, sondern durch einen einfachen Antrag zu den bisherigen Acten eingeleitet wird.[17]

2. Sententia a non suo judice lata nullam obtinet firmitatem.[18] Deshalb weist der Richter, der über seine Competenz selbst zu urtheilen hat,[19] die nicht vor ihn gehörige Klage sofort (ex officio) zurück, ohne sie zuvor dem Verklagten zur Vernehmlassung mitzutheilen, und thut er dies dennoch, so darf seine Auflage ungestraft ignorirt werden.[20] Zwar behaupten Manche, der Verklagte müsse jedenfalls erscheinen, um die s. g. exc. judicis incompetentis vorzuschützen.[21] Allein die Vorschriften des R. R., welche hierfür zu sprechen scheinen,[22] sind von Privilegien zu verstehen, die den Verklagten nicht schlechthin der Jurisdiction des an sich competenten Magistrats entzogen, sondern ihm nur gestatteten, sich derselben zu entziehen.[23] Und die Regel des heutigen

---

15) Vgl. Bülow: Die Lehre von den Proceßeinreden S. 93 fg. Daß hier nicht die Einlassung auf die Klage entscheidend sein kann, ergibt sich aus dem in §. 14 zu Note 90 aufgestellten Principe des neueren Rechts. Ueber die Ausdrucksweise der Quellen vgl. die Stellen der folg. Note.

16) L. 30 D. de jud. (5, 1), und dazu l. 7, 34 D. eod., l. 19 pr. D. de jurisd. (2, 1), l. 4 C. eod. (3, 13), l. 4 §. 1 (rest.) C. de in jus voc. (2, 2), c. 19 X. de foro comp. (2, 2). Vgl. §. 14 Note 58.

17) Ueber diese heut zu Tage gewöhnlichere Einleitung der Execution s. unten §. 47 unter 2.

18) Vgl. c. 7 §. 9 C. 2 qu. 1, so wie l. 1 §. 2 D. quod quisque (2, 2), l. 1 §. 12 D. ad S. C. Tertull. (38, 17), l. 4 C. si a non comp. jud. (7, 48) [„Et in privatorum causis hujusmodi forma servetur, ne quemquam litigatorum sententia non a suo judice dicta constringat"], l. 1, 2 C. eod., l. 7 C. quando prov. non est nec. (7, 64), c. 3 X. de consuet. (1, 4), c. 26 in VI. de R. J. (5, 12).

19) L. 2 §. 6, l. 5 D. de jud. (5, 1). Anders das Schiedsgericht. Vgl. Entscheidungen des R. O. H. G. II. 48.

20) L. 20 D. de jurisd. (2, 1) [„— — impune non paretur"], l. 3 D. de jud. (5, 1) [„Non videtur actionis frustrandae causa latitare, qui praesens suscipere judicium non compellitur"], l. 53 §. 3 D. de re jud. (42, 1), c. 3 C. 3 qu. 6 („ante non suum judicem pulsatus, si voluerit, taceat"). Vgl. auch l. 2 in f. D. ne quis eum (2, 7), l. 2 §. 1 D. si quis in jus voc. (2, 5) [verb. „a competente judice"[.

21) S. die bei Glück: Commentar III. S. 367 Note 6 Citirten, Bayer: Vorträge §. 79.

22) L. 2 pr. D. si quis in jus voc. (2, 5), l. 5 D. de jud. (5, 1).

23) Diesen Character hatte unzweifelhaft das jus revocandi domum. Vgl. l. 28 §. 4 D. ex quibus causis maj. (4, 6), l. 2 §. 3—6, l. 8, 24—28 pr.

Rechts, daß der ungehorsame Verklagte mit seinen Einreden zu präcludiren sei, trifft jene Einrede nicht, die nur in seltenen Fällen eine wirkliche Einrede ist,[24] und selbst wo sie durch selbständige Thatsachen begründet werden muß, nicht bloß das bevorstehende Verfahren, sondern auch die vorausgegangene Ladung als unberechtigt darstellt.[25] Dagegen wird allerdings der Verklagte, wenn er der Incompetenz nicht ganz sicher ist, wohlthun, dieselbe aufzuweisen, sei es durch einfache Gegendeductionen, oder durch das Ableugnen des vom Kläger behaupteten Competenzgrundes, oder durch die Behauptung von Umständen, welche die regelmäßige Competenz ausschließen. Denn wäre der Richter dennoch competent, so würde sich das von ihm gefällte Contumacialerkenntniß mit der Nichtigkeitsbeschwerde, die im umgekehrten Falle Statt fände, nicht wieder aufheben lassen.

Jedoch wird ein incompetentes Gericht (selbst ein ausländisches,[26]

---

§. 1—4, l. 39 §. 1 D. de jud. (5, 1), l. 32 §. 9 D. de recept. (4, 8), l. 5 §. 1 de pec. const. (13, 5), l. 3 D. de legat. (50, 7). Daß hier der Verklagte erscheinen, und der Prätor über sein Privilegium erkennen mußte, sagt ausdrücklich l. 2 §. 6 D. de jud. Einen ähnlichen Character scheinen aber auch andere Abweichungen von den regelmäßigen Competenzverhältnissen gehabt zu haben, wie sich aus l. 1 D. si quis in jus voc. (2, 5), l. 7 pr. D. qui satisd. cog. (2, 8), l. 7 D. de jud., l. 51 C. de episc. et cler. (1, 3), l. 29 C. de pact. (2, 3) schließen läßt, und auf sie bezieht sich der Eingang der l. 5 D. de jud., der allerdings von dem jus revoc. domum nicht verstanden werden kann. Für die Erklärung der l. 2 pr. D. si quis in jus voc. ist die vorausgehende l. 1 und der nachfolgende §. 1 (verb. „a competente judice") entscheidend.

24) Vgl. §. 14 zu Note 95. Dies übersehen Bayer: Vorträge §. 79, Martin: Vorlesungen I. S. 297.

25) Eben so wie wenn eine handlungs- oder dispositionsunfähige Person geladen worden ist. Mit obiger Ansicht stimmt im Wesentlichen überein Glück: Commentar III. S. 366 Note 6 (nebst den daselbst Citirten), Bethmann-Hollweg: Versuche S. 10 (obschon der Ausdruck nicht ganz klar ist), Martin a. a. O. I. S. 297.

26) Wenn in früherer Zeit die Meinung vieler Juristen (und schon der Italiener — vgl. z. B. Panormitanus ad c. 5 X. de arb. nr. 2, Phil. Decius ad l. 29 C. de pactis nr. 2, Mar. Socinus ad c. 18 X. de foro comp. nr. 44 sequ.) dahin ging, daß die Prorogation an ausländische Gerichte nicht ohne Genehmigung des ordentlichen Gerichtsherrn statthaft sei, so ließ sich dies zwar keineswegs durch das auf die Prorogation ganz unanwendbare jus de non evocando rechtfertigen, wohl aber durch den privatrechtlichen Character, welchen die landesherrliche Gerichtsbarkeit (gegenüber der kaiserlichen) seit dem Untergang der alten Landgerichte vorwiegend an sich trug. Vgl. Gaill: Obs. I. 40 nr. 5, Hiltrop: Process. judic. I. 3 nr. 20, Matthaeus: De judiciis d. 17 nr. 7, Pufendorf: De jurisd. germ. I. 4 §. 101, Bülow und Hagemann a. a. O. IV. S. 450, Glück: Commentar III. S. 252 und die S. 247 in Note 55 Citirten. Auf die souverän gewordenen Landesherrn aber ist dieser Gesichtspunct nicht mehr passend, die Staatsgerichtsbarkeit kennt kein privatrechtliches Interesse. Vgl. Busch im Arch. für civil. Pr. XIX. S. 28, 29 und

nicht aber eine Privatperson[27]) dadurch competent, daß sich die Parteien demselben absichtlich unterwerfen (prorogatio fori[28]), und mit einer entsprechenden Erklärung (ausdrückliche Prorogation) oder ohne eine solche (stillschweigende Prorogation) Litem vor ihm contestiren.[29] Eine vorher geschlossene Uebereinkunft kann nur indirect durch Beifügung einer Conventionalstrafe wirksam gemacht werden, falls sie nicht bloß den Verzicht auf ein dem Verklagten zustehendes persönliches Privileg (z. B. die Schriftsässigkeit) enthält.[30] Und sehen die Parteien irrthümlich den von ihnen angegangenen Richter für den competenten an, so schließt ihr Irrthum, der übrigens bewiesen werden muß, den Consens und folglich die Prorogation aus.[31] Während aber insoweit, d. h. rücksichtlich des Begriffs der Prorogation und ihrer Zulässigkeit in abstracto, das R. R. in Deutschland Geltung erhalten hat,[32]

---

die daselbst in Note 2 Citirten, Strippelmann: Neue Sammlung III. 1 S. 12, Martin: Vorlesungen I. S. 367.

27) L. 3 C. de jurisd. (3, 13). Eine Anwendung davon auf den delegirten Richter findet sich in c. 40 X. de off. jud. deleg. (1, 29).

28) Dieser Ausdruck ist dem R. R. im vorliegenden Sinn nicht bekannt — l. 2 §. 2 D. de jud. (5, 1) —, wohl aber dem C. R. — c. 32, 40 X. de off. jud. del. (1, 29) —, Dagegen kannte das R. R. die Sache — l. 1 D. de jud., l. 1 C. de jurisd. (3, 13) —, und in l. 2 §. 1 D. de jud. wird die lex Julia judiciorum (privatorum von August) als Quelle des s. g. forum prorogatum genannt. — Die ältere Litteratur findet sich bei Glück: Comm. III. S. 245 Note 51. Von neueren Schriftstellern ist zu bemerken: Busch im Arch. für civil. Pr. XIX. 2, Reatz: Der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung, Gieß. 1859.

29) Natürlich die Handlungs- und Dispositionsfähigkeit (legitima persona standi in judicio), oder eine entsprechende Vollmacht vorausgesetzt. — Die bei älteren Juristen — vgl. noch Glück a. a. O. III. S. 223 fg. — vorkommende Eintheilung der Prorogation in eine freiwillige und nothwendige (Reconvention) geräth neuerdings mit Recht in Vergessenheit.

30) L. 10 D. de jurisd. (2, 1) vergl. mit l. 51 C. de episc. et cler. (1, 3), l. 29 C. de pact. (2, 3). Die Worte „mutata voluntas" in l. 18 D. cit. können, wenn sie nicht etwas ganz Unbedeutendes sagen sollen, nur vom einseitigen Rücktritt verstanden werden. Uebrigens nahmen schon früher manche angesehene Juristen an, die vorausgegangene Uebereinkunft begründe an sich die Competenz des forum prorogatum, und in neuerer Zeit ist diese dem R. R. sicherlich nicht entsprechende Meinung zu überwiegender Geltung gelangt. Vgl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 12 Note 31, Der röm. C. Pr. II. §. 73 Note 15, Brackenhoeft: Erörterungen S. 265 fg., Martin: Lehrbuch §. 60, Vorlesungen I. S. 371, Bayer: Vorträge S. 235, Schmid: Handbuch I. S. 130, Reatz a. a. O. §. 11 fg. Der hier vertheidigten Ansicht sind unter den Neueren Malblanc: Consp. rei jud. §. 154, Glück, Commentar III. S. 211 fg. (wo die ganze Frage befriedigend erörtert, und auch die ältere Litteratur angeführt wird), Grolman: Theorie §. 50, Linde: Lehrbuch §. 101, Heffter: System §. 167. — Das im Text gegebene Beispiel eines Privilegs ist dem R. R. vielleicht nicht ganz entsprechend. Vgl. oben Note 23.

31) L. 15 D. de jurisd. (2, 1), l. 2 pr. D. de jud. (5, 1).

32) Dies wurde früherhin von vielen Juristen bestritten, obschon auch das

kann ein Gleiches nicht ohne Weiteres rücksichtlich des Umfangs ihrer Anwendung gesagt werden, welcher wesentlich durch den besonderen Character der deutschen Gerichtsverfassung bedingt ist. Denn da die Prorogation von der Voraussetzung ausgeht, daß die Scheidung der Gerichte im Privatinteresse der Unterthanen bewirkt worden sei, so kann sie nicht Statt finden 1., wie auch schon das R. R. anerkennt,[33] zwischen Gerichten, welche für verschiedene Arten von Proceßsachen, z. B. für Criminal- oder Lehn- oder geistliche Sachen einerseits, und für sonstige Sachen andrerseits competent sind,[34] sodann 2. zwischen solchen, die zwar beide eine persönlich bestimmte Competenz haben, von denen das eine aber, oder auch jedes auf dem gemeinsamen Lebensberuf seiner Unterthanen beruht und aus öffentlichen Rücksichten (propter publicam utilitatem) gegen die übrigen Gerichte abgeschlossen ist,[35] so wie 3. von Gerichten, welche dem Gerichtsherrn aus privatrechtlichem Titel zustehn, es wäre denn, daß derselbe seine Einwilligung zur

C. R. die Prorogation im Princip als statthaft bezeichnete, in c. 18 X. de foro comp. (2, 2) Vgl. Glück a. a. O. III. S. 246 Note 53.

33) L. 61 §. 1 D. de jud. (5, 1) [„Latrunculator de re pecuniaria judicare non potest" — wozu über das Amt des latrunculator zu vgl. ist Cujacius: Obs. XIX. 11]. Nicht entgegen ist l. 1 C. de jurisd. (3, 13), weil die Jurisdiction des Procurator Caesaris sive Rationalis [vgl. rubr. D. de officio Procuratoris Caesaris vel Rationalis (1, 19), l. 8 C. ubi causae fiscales (3, 26) und dazu Brissonius: De V. S. s. v. rationales] nicht sachlich, sondern persönlich durch die Theilnahme des Fiscus am Proceß bestimmt wurde — vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. S. 77 fg. —, und eben so wenig l. 74 §. 1 D. de jud. und l. 28 D. ad municip. (50, 1), da die Competenz der auf gewisse Summen beschränkten Gerichte doch keine qualitativ anders bestimmte als die der übrigen Gerichte war. Daß aber das C. R. übereinstimmt, beweist c. 6 X. de foro comp. (2, 2). Abweichende Meinungen finden sich jedoch bei älteren Juristen. Vgl. Glück a. a. O. III. S. 261 Note 1.

34) Bemerkt sei hier noch, daß auch die Prorogation an Appellationsgerichte (anders verhält es sich mit der an die mittleren Instanzen, welche gemeinrechtlich nicht reine Appellationsgerichte sind) unter die oben aufgestellte Regel fällt.

35) Diesen Grundsatz erkennt zwar das R. R. nicht an — vgl. l. 1 D. si quis in jus voc. (2, 5), l. 7 pr. D. qui satisd. cog. (2, 8) und besonders l. 51 C. de episc. et cler. (1, 3), l. 29 C. de pact. (2, 3) —, wohl aber das C. R. in Anwendung auf den Gerichtsstand der Geistlichen, wennschon mit der ganz sachgemäßen Modification, daß mit Gestattung des ordentlichen Gerichts an ein anderes geistliches Gericht soll prorogirt werden können — c. 1, 12, 18 X. de foro comp. (2, 2) —. Der in c. 12 X. cit. angeführte Grund „Pactis privatorum jus publicum minime derogari" findet aber auch auf den Gerichtsstand der Soldaten und Academiker Anwendung, und deshalb gestattet die richtigere Meinung auch diesen die Prorogation nicht. Vgl. Glück a. a. O. III. S. 280. Daß an das Gericht der Soldaten die Prorogation verboten sei, deutet l. 2 C. si a non comp. jud. (7, 48) wenigstens an, und dasselbe wird rücksichtlich der academischen Gerichte gelten müssen. Vgl. Glück III. S. 281 Note 48.

Prorogation gäbe.[36] — Uebrigens hat schon nach R. R. der von den Parteien gewählte Richter überall ein Recht des Widerspruchs, er braucht die Sache, die an ihn gebracht wird, nicht anzunehmen; hat er sie aber angenommen, so kann er sie selbst wegen eines Irrthums nicht wieder von sich weisen.[37]

3. Actor sequitur forum rei, d. h. wo die Competenz über eine Sache durch persönliche Verhältnisse begründet wird, ist die Person des Verklagten, nicht die des Klägers entscheidend.[38] Diese Regel ist eine allgemeine, sie gilt auch für die Ausnahmsgerichte mit persönlich bestimmter Competenz, vor denen sie dem Verklagten ein s. g. forum persona privilegiatum anweist, während die Zuständigkeit der Ausnahmsgerichte mit sachlich bestimmter Competenz, das s. g. forum causa privilegiatum, meist unmittelbar und ausschließlich von gewissen Eigenschaften des streitigen Rechtsverhältnisses abhängig ist, und auf die persönlichen Verhältnisse des Verklagten nur dann Rücksicht nimmt, wenn gleichartige Gerichte dieser Art neben einander stehen, jedes für die Eingesessenen eines besonderen Bezirks. Doch findet auch die subjective Competenz der geographisch umgrenzten Gerichte ihren Grund nicht bloß in den persönlichen Beziehungen des Ver-

---

36) Wieder bestritten, gleich der ähnlichen Frage in Note 27. Die im Text angenommene Meinung wird von Berger: Oeconom. juris IV. 3. th. 1 not. 17 als die gemeine bezeichnet, und allerdings wurde sie in früherer Zeit sehr allgemein, obschon nicht ohne Widerspruch vertreten. Vgl. Glück III. S. 246 Note 54, S. 254 fg., Bülow und Hagemann: Pract. Erört. IV. S. 451 Note e. In neuester Zeit aber sprechen sich die meisten Juristen für das Gegentheil aus, z. B. Linde: Lehrbuch §. 101 Note 14, Busch a. a. O. S. 43, Brackenhoeft: Erört. S. 268 Note 14 (vgl. jedoch Note 16), Bayer: Vorträge S. 236, Martin: Vorlesungen I. S. 368, Reatz a. a. O. S. 177.

37) L. 2 §. 1 D. de jud. (5, 1). Die lex Julia hatte den Consens des angegangenen Richters nicht vorgeschrieben, dennoch konnte man ihm die Abweisung der an ihn gebrachten Sache nicht versagen; daß er aber nicht dissentire, steht auch dann fest, wenn er sich im Irrthum befindet. Ein ähnlicher Unterschied zwischen consentire und non dissentire wird bei der Adoption und Emancipation gemacht, und eine ähnliche Folge daraus gezogen. Vgl. l. 5, 42 D. de adopt. (1, 7), l. 5 in f. C. de emancip. (8, 49). Geleugnet wird dieses Widerspruchsrecht von A. W. S. Francke in der Zeitschr. für C. R. und Pr. N. F. II. 5. S. aber dagegen Reatz a. a. O. §. 25—29, wo sich auch weitere literarische Nachweisungen finden.

38) L. 2, 5 pr. C. de jurisd. (3, 13), l. 3 C. ubi in rem actio (3, 19), l. 3, 4 C. ubi causa status (3, 22) — vgl. auch fr. Vat. §. 325, 326, l. 4 C. Th. de jurisd. (2, 1) —, c. 5, 8 X. de foro comp. (2, 2), und ebenso Henrici regis Curia Wormac. a. 1231 stat. in favorem principum, Friderici II. Curia Sibidati a. 1232. — Nur scheinbar findet von obiger Regel eine Ausnahme für die Provocationen (vgl. §. 13 Note 37, 58) und das selbständige forum reconventionis Statt.

klagten, sie kann ihn eben so wohl in anderen Umständen haben. Jene aber verpflichten den Verklagten, sich wegen aller gegen ihn anzustellenden Klagen vor dem zutreffenden Gericht einzulassen, und heißen deshalb allgemeine Competenzgründe (fora communia), diese dagegen gelten immer nur für einzelne Klagen und werden darum specielle Competenzgründe (fora specialia) genannt.

Die allgemeinen Competenzgründe.*

§. 40.

Im römischen Reich gab es zwei allgemeine Competenzgründe, origo und domicilium, Bürgerrecht und Wohnsitz.[1] Beide hatten wesentlich gleiche Berechtigung, indem der eine wie der andere jeden Einzelnen zum Angehörigen einer Stadtgemeinde (civitas, respublica) machte[2] und der beschränkten Gerichtsbarkeit der städtischen Obrigkeit,[3] so wie der unbeschränkten des dieser vorgesetzten Provincialbeamten[4] unterwarf.[5] Das Gebiet einer Stadt-

---

*) Tit. Dig. 50, 1 ad municipalem et de incolis. Cod. 10, 58 de municipibus et originariis, 10, 39 de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, et de his, qui studiorum causa in alia civitate degunt. — Lauterbach: De domicilio (Diss. vol. II. 72). Thomasius: De vagabundo (Diss. vol. I. 3). Gesterding im Arch. für civil. Pr. VII. 22 (auch in seinen Nachforschungen III. 2). Savigny: System VIII. §. 350—359. — Von dem älteren deutschen Rechte handeln die in §. 39 Note * citirten Schriften.

1) L. 29 D. h. t. (50, 1).

2) Vgl. hierüber die lichtvolle Darstellung Savigny's a. a. O. VIII. §. 351—355.

3) Früher bestand ein wesentlicher Unterschied zwischen der Gemeindeverfassung Italiens und der der Provinzen, in der Kaiserzeit wurde derselbe mehr und mehr ausgeglichen, und im Jahr 365 — l. 1 C. de defens. (1, 55) — auch den Provincialstädten ein eigner Richter in der Person des Defensor gegeben. Vgl. Savigny: Gesch. des R. R. im M. A. I. S. 72 fg. Ueber die gerichtliche Competenz der Stadtobrigkeiten und deren Beschränkung insbesondere s. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. §. 66, 67, III. §. 138.

4) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. III. §. 131.

5) In vielen Stellen ist nur von dem forum domicilii, nicht von dem forum originis die Rede — vgl. l. 19 §. 4 D. de jud. (5, 1), l. 29 §. 4 D. de inoff. test. (5, 2), l. 1, 2 D. de reb. auct. jud. (42, 5), fragm. Vat. §. 326, l. 2 C. de jurisd. (3, 13), l. 1 C. ubi res hered. (3, 20), l. 4 C. ubi causa status (3, 22) —, und Bethmann-Hollweg, Versuche S. 6, nimmt deshalb und mit Bezug auf l. 190 D. de V. S. (50, 16) an, in den Provinzen habe das forum originis keine Anwendung gefunden. Allein dieser Annahme steht l. 1 §. 2 D. de tut. et curat. dat. (26, 5) entgegen [wegen des „vel" vgl. l. 38 pr. D. de ritu nupt. (23, 2)]; die l. 190 D. cit. muß also wohl in ihrem ursprüng-

gemeinde hieß territorium oder regio, und umfaßte auch die in seinen Grenzen befindlichen Dörfer (vici) und Höfe,[6] so daß, von den Eigenthümlichkeiten einiger Provinzen abgesehen,[7] der gesammte Boden des Reichs in eine große Zahl von Stadtgebieten aufgelöst war. Wohnte man in einer anderen Stadt (incola), als in welcher man Bürger (civis) war, oder war man in mehreren Städten Bürger[8] oder Einwohner,[9] was gleichfalls anging, so konnte man vor verschiedenen Gerichten belangt werden, und namentlich hatten auch die römischen Bürger, einerlei wo sie wohnten und ob sie zugleich einer anderen Stadt angehörten oder nicht, das Bürgerrecht und den Gerichtsstand in Rom.[10]

Als nun das R. R. in Deutschland recipirt wurde, mußte das forum originis in seiner ursprünglichen Bedeutung verschwinden, da der deutschen Verfassung das Aufgehen des Reichsgebiets in bloße Stadtgebiete fremd war;[11] höchstens blieb etwas Aehnliches als Aushülfe für seltnere Fälle übrig.[12] Das forum domicilii aber gelangte, freilich ohne besondere Beziehung auf die richterliche Obrigkeit eines Stadtgebietes, als allgemeiner Gerichtsstand um so leichter zur Geltung, als es bisher schon in Deutschland nicht unbekannt gewesen war. Denn nach den Volksrechten sollten Alle, welche im Gau ihren dauernden Aufenthalt hatten („qui infra comitatum manent"), den Gauvorsteher als ihren

---

lichen Zusammenhang eine specielle, jetzt nicht mehr nachweisbare Beziehung gehabt haben. Wenn aber die anderen Stellen das forum originis übergehen, so ist zu bedenken, daß dasselbe aller Wahrscheinlichkeit nach durch die zufällige Anwesenheit des Verklagten bedingt war, eben so wie das s. g. forum originis commune in Rom, nach l. 28 §. 4 D. ex quibus causis (4, 6). Vgl. Savigny: System VIII. S. 52, 73, 74.

6) Vgl. l. 30 D. h. t. (50, 1), l. 239 §. 2 D. de V. S. (50, 16), und dazu Savigny VIII. S. 46, 59, 71 m.

7) Die Belege s. bei Savigny VIII. S. 51 a. und b.

8) L. 7, 27 pr. D. h. t., l. 15 §. 3, l. 17 §. 9 D. eod.

9) L. 5, 6 §. 2, l. 27 §. 2 D. h. t.

10) Cic. de legibus II. 2, l. 6 §. 11 D. de excus. (27, 1), l. 19 pr. D. de interd. et rel. (48, 22), l. 33 D. h. t. („Roma communis nostra patria est"). Vgl. Savigny VIII. S. 55, 56.

11) So im Wesentlichen schon Gaill: Obs. II. 36, welcher ein domicilium habitationis und domicilium originis unterscheidet, und annimmt, daß letzteres nach einer deutschen Gewohnheit im Gegensatze zum R. R. durch den Abzug aufgehoben werde. Uebrigens vgl. über die Praxis Carpzov: Proc. jur. III. 1 nr. 61, 62 und die von Glück: Commentar VI. S. 261 Note 93, Gesterding a. a. O. VII. S. 427 Note 32, Savigny VIII. S. 91 Note c Citirten.

12) S. unten Note 56, 61.

ordentlichen Richter anerkennen.[13] Eben so nach den Rechtsbüchern.[14]

Jedoch bildete in Deutschland der Wohnsitz nicht den einzigen allgemeinen Competenzgrund; daneben und unabhängig von ihm kam frühzeitig der Grundbesitz in Betracht. Nach alt-fränkischem Rechte war eine Voraussetzung für den Grundbesitz die Haltung der Unterthanentreue, welche ihre formelle Grundlage in dem von allen Unterthanen zu leistenden Eide der Treue hatte.[15] In diesem Sinne schrieb noch Karl der Kahle vor, daß in seinem Reiche Niemand sich solle aufhalten oder Grund und Boden besitzen dürfen, der nicht jenen Eid geleistet habe.[16] Der Grundbesitz im Reiche nöthigte mithin, Unterthan der Reichsgewalt zu werden. Dem entsprach es, daß der Besitz von Grundstücken im Gerichtssprengel der Gerichtsgewalt unterthänig machte. Derselbe begründete wie die Dingpflicht, d. h. die Pflicht, an der Malstatt der Centene zum ächten Ding zu erscheinen,[17] so den Gerichtsstand, d. h. die Pflicht, im Gericht des Grafen auf erhobene Klage zu Recht zu stehen.[18] Das gleiche Recht gilt im spätern Mittelalter; vor Allem

---

13) Vgl. lex Rip. XXXI. 3—5 [„— infra pagum Ripuarium tam Franci, Burgundiones, Alamanni, seu de quacumque natione commoratus fuerit, in judicio interpellatus — respondeat — damnum sustineat — se excusare studeat"], capit. Hlud. P. a. 814 (815?) c. 2 (bei Pertz I. p. 84 als capit. Kar. M. Ticin. a. 801 c. 10), so wie lex Rom. Cur. C. Th. II. 1 §. 4, nov. Mart. 1. In derselben Weise wird die Competenz bestimmt, wo es sich um die gerichtliche Executivgewalt — lex Sal. L. 2, edict. Pist. a. 864 c. 7 —, die Ladung zum Inquisitionszeugniß — capit. Noviom. a. 808 c. 3, capit. Hlud. II. a. 850 c. 3 —, das Aufgebot zur Hülfeleistung gegen Verbrecher — capit. Kar. C. Carisiac. a. 873 c. 2 —, die peinliche Rüge — conv. Kar. C. Silvac. a. 853 — handelt. Vgl. dazu Sohm a. a. O. (§. 39 Note *) I. S. 298—301.

14) Sächs. Ldr. III. 25 §. 2, 26 §. 2 a. E., schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 268 §. 5 [— „Spricht er aber, im hab ez einer gegeben, der in einem andern Gerihte ist gesezen, da muz er hin varen"], K. Ludwigs Rechtsb. c. 245 [— „der sol im nachvaren, und bechlagen in dem Gerichte, da er inne gesezzen ist"].

15) Vgl. Roth: Gesch. des Beneficialwesens S. 137, 226, 227, 291, 315, 424.

16) Kar. C. capit. Carisiac. a. 873 c. 6.

17) Vgl. oben §. 33 Note 99.

18) Vgl. capit. Lang. Pipp. a. 782—786 c. 6 (bei Pertz I. p. 43), capit. Lang. Pipp. a. 801—810 c. 10 (bei Pertz I. p. 104), capit. Hlud. II. inc. orig. (bei Pertz I. p. 388), ed. Pist. a. 864 c. 6, 22, und dazu Sohm a. a. O. I. S. 304 fg., welcher das Verdienst hat, den im Text entwickelten einfachen Thatbestand klar gestellt, und die von Homeyer: Ueber die Heimath nach alt-deutschem Rechte, insbes. über das Hantgemal, S. 70 fg. (in den Abhandl. der königl. Academie der Wissensch. zu Berlin, Jahrg. 1852 S. 17—104) aus extravag. leg. Sal. c. 1, 2 (ed. Merkel p. 99, 100) und capit. Ticin. a. 801 c. 10 mit bestechendem Scharfsinn entwickelte Ansicht von einem Gerichtsstande der Heimath in gründlichster Weise widerlegt zu haben. — Die von den

nach dem Sachsenspiegel. Wo man Wohnung oder Gut hat, ist man Fürsprecher zu sein verpflichtet,[19] mithin überhaupt dingpflichtig,[20] ebenso aber auch zu antworten schuldig;[21] für die Schöffenbarfreien insbesondere, d. h. ohne Zweifel für die sämmtlichen Angehörigen einer schöffenbarfreien Familie, ist der Gerichtsstand in demjenigen Gerichte begründet, in welchem ihr Hantgemal, d. i. ihr Familiengut[22] liegt,[23] und wenn sie in diesem Gericht ihren Schöffenstul haben, so sind sie daselbst auch dingpflichtig.[24] Der Schwabenspiegel handelt zwar nur von der Dingpflicht, wenn er ausspricht, daß das Lantteiding suchen sollen, nicht bloß die in dem Gerichte mit Haus (d. i. Wohnung) sitzen, sondern auch die darin Gut haben.[25] Da Dingpflicht und Gerichtsstand aber in gleicher

---

meisten Neueren angenommene Ansicht Homeyer's war auch in den früheren Auflagen dieses Systems vorgetragen worden. — Ueber den Unterschied von Dingpflicht und Gerichtsstand, namentlich in Betreff der verschiedenen räumlichen Begrenzung vgl. oben §. 33 zu Note 95 und 99.

19) Sächs. Ldr. I. 60 §. 2: „Vorspreke er mach nieman weigeren to wesene binnen deme gerichte, dar he wonehaft is, oder gut binnen hevet —."

20) Daß die Pflicht, Fürsprecher zu sein, eine Folge der Dingpflicht ist, beweisen Goslar. Statuten (ed. Göschen) S. 69: „Vorspreke scal sin jowelk dinghpflichtich man". Vgl. Nietzsche: De prolocutoribus p. 43—46, Sohm a. a. O. I. 338 Note 12.

21) Sächs. Ldr. III. 25 §. 2. Vgl. auch Magdeb. Fragen (ed. Behrend) I. 2, 21, Gl. zum sächs. Weichb. act. 28 („Denn hett ein mann gut ligen in einem andern Gericht, da müst er klag und antwort nemen, und were also da dingpflichtich"). A. M. ist Homeyer a. a. O. S. 74 Note 96, Simon l. c. (§. 39 Note *) p. 33, 34, zweifelnd Stobbe a. a. O. (§. 39 Note *) I. S. 436 Note 7; s. jedoch Sohm a. a. O. I. S. 327 Note 104.

22) Vgl. Homeyer a. a. O. S. 57 fg.

23) Sächs. Ldr. III. 26 §. 2. Das Gericht des Hantgemals scheint das ordentliche Gericht der Schöffenbarfreien ohne alle Rücksicht auf den Wohnsitz gewesen zu sein; die anderen Gerichte, neben denen die Stadtgerichte („Markede") noch besonders hervorgehoben werden, waren für sie nach sächs. Ldr. III. 25 §. 2 „utwendige Gerichte", vor denen sie Niemanden zu Kampfe antworteten — sächs. Ldr. III. 26 §. 2 —, die aber doch auch für sie unter Voraussetzung eines anderen allgemeinen (Wohnung oder Gut) oder besonderen Competenzgrundes zuständig wurden. — Keinen Bezug auf das Gericht des Hantgemals hat das sächs. Ldr. III. 33 §. 3, 4, welches vom Königsgerichte handelt, und mit Unrecht wird von Homeyer a. a. O. S. 75 aus dieser Stelle gefolgert, daß der von ihm schon im fränkischen Rechte gefundene Gerichtsstand der Stammesheimath auch im Sachsenspiegel vorkomme. Vgl. Sohm a. a. O. I. S. 326 Note 103.

24) Sächs. Ldr. III. 26 §. 2. Der Schöffenstuhl vererbte sich nach sächs. Ldr. III. 26 §. 3 auf den ältesten Sohn und eventuell auf den nächsten und ältesten ebenbürtigen Schwertmagen, und nach der Gl. zum sächs. Ldr. III. 26 §. 2 ist anzunehmen, daß Hantgemal und Schöffenstuhl eben so wohl das Schöffenamt als das dieses bedingende Familiengut bezeichneten. Dieses Gut besaß nur Einer, der Schöffe, welcher als solcher im Gerichte des Hantgemals dingpflichtig war; seine Familienglieder aber (d. i. die eventuellen Erben des Hantgemals und Schöffenstuhls) nahmen an dem Gerichtsstande Theil.

25) Schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 1 §. 7, c. 263 und besonders c. 296.

Weise auf der Gerichtsunterthänigkeit beruhen, so darf unbedenklich von der Dingpflicht auf den Gerichtsstand geschlossen werden. Ob an diesen Gerichtsstand auch eine Decretale von Innocenz III. a. 1210 gedacht habe, welche von einem „ratione patrimonii" zustehenden Domicil redet, mag dahingestellt bleiben.[25a] Jedenfalls steht in späterer Zeit, nachdem es üblich geworden war, dem Landesherrn den Huldigungseid zu schwören,[26] in vielen Territorien[27] die Gewohnheit fest, daß das Grundeigenthum des Landesherrn unterthänig mache, und die Unterordnung unter dessen Gerichte in gleichem Umfange wie der Wohnsitz begründe. Diese Unterordnung, welche man landsassiatus plenus[28] nennt, haben Manche dem R. R. zu Liebe aus dem Gesichtspunct eines

---

Vgl. auch K. Ludwigs Rechtsb. c. 8, 10, 215, 234, 250, 306. Und über die Pflicht, Fürsprecher zu sein (Note 19) schwäb. Ldr. c. 76 §. 3, Rupr. von Freysing (ed. Maurer) I. 66.

25a) C. 14 X. de foro comp. (2, 2), über dessen Inscription und Inhalt zu vgl. ist J. H. Boehmer in annot. ad h. l.

26) Schon im 13. sec. finden sich Beispiele desselben. Vgl. Hert: De subjectione territoriali §. 13 (in Comment. et opusc. II. p. 388).

27) Einige ältere Zeugnisse hat Hert l. c. §. 3 (in Comm. et opusc. II. p. 370, 373). — Gaill: De arrest. imp. c. 6 nr. 10—16 zählt zu denjenigen Territorien, in welchen der Besitzer von Gütern Unterthan des Landesherrn, Landsaß, und zur Leistung des homagium verpflichtet sei, Oesterreich, Baiern, Sachsen, die Mark Brandenburg und Hessen, ohne übrigens alle nennen zu wollen. Vgl. auch Hert l. c. §. 3 (II. p. 370), Pufendorf: De jurisd. germ. III. 3 c. 1 §. 10, und über Baiern Kreittmayr: Anm. über den Cod. jur. Bav. jud. I. 12 k., über Sachsen Carpzov: Proc. jur. III. 1 nr. 32, Weiße: Sächs. Staatsrecht I. §. 46 S. 87, über Hessen Kopp: Handbuch zur Kenntniß der kurhess. L. V. VI. S. 198 (wo sich zahlreiche literarische Nachweisungen finden), Strippelmann: Neue Sammlung III. 1 S. 364, über Hannover (Braunschweig-Lüneburg) Pufendorf: Introd. in proc. civ. I. 10 §. 31, Oesterley: Handbuch des hann. Pr. I. S. 212, über Mecklenburg Kamptz: Handbuch des Mecklenb. C. Pr. §. 13 unter I. 4, über Thüringen Struv: Diss. de jure landsassiatus in Thuringia, Jen. 1722, über Württemberg Reyscher: Würt. Privatrecht I. S. 257, über Holstein Francke: Der gem. deutsche u. schl.-holst. C. Pr. §. 55, über Hamburg Seuffert: Archiv VI. 61. — Das O. Trib. zu Stuttgart, das O. A. G. zu Jena und das O. H. G. zu Mannheim haben sogar ohne das Vorhandensein von Grundbesitz die im Ausland domicilirten Staatsangehörigen für verpflichtet erklärt, im Inlande Recht zu geben. Vgl. Seuffert IV. 146, XII. 302, XVI. 73.

28) Die Literatur über den am weitesten ausgedehnten sächsischen Landsassiat findet sich bei Runde: Grundsätze des gem. d. Pr. R. §. 408, und eine Geschichte desselben gibt Zachariä: Sächs. Lehnrecht §. 38 Anm. 2. Im Uebrigen sind zu bemerken Guil. Leyser: De landsassiis itemque schriftsassiis et amtsassiis, Viteb. 1664, Schilter: De landsassiis (in Praxi jur. rom. in foro germ. I. p. 288), Hombergk zu Vach: De foro rei sitae ejusque amplitudine, Marb. 1745, Geisler: Comm. de landsassiatu, Marb. 1781, Strippelmann a. a. O. III. 1 S. 358—368, Böhlau: Zum landsassiatus plenus in der Zeitschr. f. R. G. XI. S. 296 fg.

potentiellen Domicils erklären wollen,[29] sie ist aber in der That nichts Anderes, als die erneuerte Anwendung jenes alten Princips des fränkischen Staatsrechts, daß Auswärtige, um im Inlande Grundvermögen besitzen zu können, den Huldigungseid, das homagium, schwören müssen.[30] An sich hat der Vasalleneid keine gleiche Bedeutung; da er jedoch innerhalb der Territorien, welche den vollen Landsassiat haben, auf die Unterthanenpflicht, den Gehorsam, ausgedehnt worden ist, so gilt das forum landsassiatus auch gegen die Vasallen.[31] Uebrigens ist in einigen Territorien der Eid zur Begründung des vollen Landsassiates nicht einmal erforderlich,[32] und überhaupt dieser Gerichtsstand ohne gemeinrechtliche Geltung, weshalb sich im Allgemeinen auch nicht bestimmen läßt, durch welche Art des Besitzes er bedingt sei.[33] Als unzweifelhaft darf man aber wohl annehmen, daß er nur an demjenigen Gerichte Statt findet, in dessen Bezirk das ihn begründende Grundstück liegt,[34] an diesem Gericht aber auch dem im Inlande wohnenden Grundbesitzer gegenüber,[34a] daß er nicht weiter reicht als das forum domicilii,[35] daß er sich auf die Ehefrau und die Kinder des Besitzers nicht erstreckt,[36] und eben so wenig auf im Inlande angesessene auswärtige Landesherrn.[37]

---

29) So z. B. Schilter l. c. §. 6 nr. 16 (der übrigens außerdem auch die Bedeutung des homagium hervorhebt), Glück: Commentar VI. S. 270.

30) Vgl. Gaill: De arrest. imp. c. 6, Pfeffinger: Vitriarii instit. jur. publ. illustr. IV. p. 5, Hert l. c. §. 3, Schilter l. c. §. 6 und viele Andere.

31) Mevius: Decis. II. 235, Carpzov: Proc. jur. III. 6 nr. 29 sequ., Hert l. c. §. 11, Pufendorf: Introd. in proc. civ. I. 10 §. 31 (s. jedoch Struben: Rechtl. Bedenken II. 25), Hombergk l. c. §. 5 sequ., Zachariä a. a. O. §. 131 a.

32) Z. B. in Hessen, und mit Recht bemerken Hert l c. §. 13 und Schilter l. c. §. 3, daß der Huldigungseid die Unterthanenpflicht nur verstärke, d. h. nicht begründe, vielmehr auf Grund derselben geleistet werde.

33) Hier und da nicht bloß durch den Besitz von Rittergütern, sondern auch durch städtischen Grundbesitz, mitunter durch jede Art von unbeweglichem Vermögen, z. B. durch Grundgefälle.

34) Vgl. Strippelmann a. a. O. III. 1 S. 373.

34a) S. Kamptz: Handbuch des Mecklenb. C. Pr. §. 14 unter IV., Strippelmann III. 1 S. 373.

35) Strippelmann I. S. 28.

36) Gegen die Anwendung auf die Ehefrau hat sich das O. A. G. zu Cassel bei Strippelmann III. 1 S. 371 entschieden, gewiß mit Recht, weil das Grundstück, auf welchem das forum landsassiatus beruht, doch auch die Execution sichert, und dies natürlich nur gegenüber dem Manne. Dasselbe muß aber von den Kindern gelten, rücksichtlich deren jedoch dieser Gerichtsstand in Sachsen anerkannt ist. Vgl. Biener: Syst. proc. jud. I. §. 22 not. 4.

37) Vgl. Strippelmann III. 1 S. 368 fg., und oben §. 39 Note 14.

Gemeinrechtlich wird also das forum commune allein durch den Wohnsitz begründet, und wir verstehen unter dem Wohnsitze den bleibenden Aufenthalt, den Jemand genommen hat, die Beziehung, in welche er zu einem Orte dadurch getreten ist, daß er denselben zum Mittelpuncte seiner Geschäfte und zum Sitze seines Haushalts gewählt hat.[38] Bleibend und dauernd aber muß der Aufenthalt, um als Wohnsitz zu gelten, nur der Absicht nach sein; er kann demnächst beliebig wieder aufgehoben werden, und wird durch eine vorübergehende Abwesenheit, z. B. durch Reisen, nicht unterbrochen.[39] Wenn er dagegen nur einen vorübergehenden Zweck hat, etwa den einer Badecur oder des Besuchs einer Bildungsanstalt,[40] sollte er gleich zufällig von längerer Dauer sein, so entbehrt er den Character des Wohnsitzes, obschon allerdings aus der langen Dauer eines Aufenthalts unter Umständen auf die Absicht zu schließen ist, daß er ein immerwährender sein solle.[41]

Während aber die Absicht das Wesentliche ist,[42] begründet sie

38) L. 7 C. de incolis (10, 39) [„— incolas vero — domicilium facit. Et in eo loco singulos domicilium habere non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde quum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari jam destitit“], l. 203 D. de V. S. (50, 16) [„ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset“], l. 2 C. ubi senatores (3, 24) [„— ubi larem fovent, aut ubi majorem partem bonorum possident, et assidue versantur“]. Vgl. auch l. 239 §. 2 D. de V. S. (50, 16), l. 6 §. 2 [„si ita se instruxit“] und dazu l. 27 §. 2, ferner l. 27 §. 1 [„si quis negotia sua — in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit“] und dazu l. 5 D. h. t. (50, 1).

39) L. 17 §. 11 D. h. t. (50, 1) [„domicilii ratio temporaria“], l. 7 C. de incolis (10, 39).

40) L. 5 §. 5 D. de injuriis (47, 10), l. 2, 3 C. de incolis (10, 39). — Ein anderes Beispiel s. bei Seuffert: Archiv VII. 242. Bestritten ist, ob der Pächter auf dem gepachteten Landgut seinen Wohnsitz habe. Verneinend sprechen sich aus Rivinus: Diss. de non praesumta domicilii mutat. §. 19, Kind: Quaest. for. II. 20, Struben: Rechtl. Bedenken IV. 75, Glück: Commentar VI. S. 274, Entsch. des O. A. G. zu München bei Seuffert: Archiv XI. 108 (wenn hier nicht vom Heimathsrecht die Rede ist), das O. Trib. zu Stuttgart das. XX. 183; bejahend die Allg. G. O. für die preuß. Staaten I. 2 §. 12, Erk. des O. A. G. zu Darmstadt bei Seuffert a. a. O., und diese letztere Meinung möchte von besonderen Umständen abgesehen die richtige sein, da sich nicht behaupten läßt, der Pächter habe bei Antritt der Pacht die bestimmte Absicht, nach Ablauf der Pachtzeit an seinen bisherigen Wohnort zurückzukehren oder einen anderen Wohnsitz zu begründen.

41) Diesen Sinn hat die l. 2 C. de incolis (10, 39), wonach der 10jährige Aufenthalt eines Studirenden am Universitätsort als bleibend und folglich als Wohnsitz angesehen werden soll. Ein anderes Beispiel s. bei Seuffert: Archiv IV. 254.

42) Ueber die Bedingung eines bestimmten Wohnorts vgl. l. 31 D. h. t. (50, 1), l. 71 §. 2 D. de cond. (35, 1).

den Wohnsitz doch nicht allein. Mit dem Willen muß eine entsprechende That, die Einrichtung eines Haushalts, verbunden sein,[43] eben so wie andrerseits Wille und That auch zur Aufhebung des Wohnsitzes erfordert werden,[44] und selbst die Beibehaltung des bisherigen neben einem neu begründeten möglich machen, sofern der Haushalt absichtlich so vollständig auf zwei Orte vertheilt wird, daß sich weder der eine noch der andere als ausschließlicher Sitz des Haushalts betrachten läßt.[45] Jedoch ist die Freiheit, welche in dieser Hinsicht besteht, manchen Ausnahmen unterworfen.

1. Juristische Personen sind eines Wohnsitzes im natürlichen Sinne nicht fähig, sie bedürfen aber schon des Gerichtsstandes wegen eine dem Wohnsitz ähnliche Beziehung zum Sprengel eines bestimmten Gerichts, und es fragt sich, wie diese begründet werde. Durch Beschluß der mit der laufenden Verwaltung betrauten Vorstände gewiß nicht, vielmehr bildet sie einen Gegenstand der statutarischen Anordnung, welche an besondere Formen und die Genehmigung des Staats gebunden zu sein pflegt. Sollte sie aber in den Statuten übergangen sein, so ist derjenige Ort für den stillschweigend angenommenen Wohnort zu halten, an welchem sich der Mittelpunct der Geschäfte befindet. Hierüber kann bei solchen juristischen Personen, welche mit Grund und Boden in Zusammenhang stehen, z. B. bei Gemeinden, Armen- und Krankenhäusern, kein Zweifel entstehen,[46] bei anderen muß der Sitz der Direction entscheiden.[47]

2. Unter gewissen Voraussetzungen ist es das öffentliche Recht, welches den Wohnsitz anweist, und für die Dauer der fraglichen Voraussetzungen die willkührliche Aufhebung desselben ver-

---

43) Grundbesitz ist dazu weder erforderlich noch ausreichend. Vgl. l. 17 §. 13, l. 22 §. 7 D. h. t. (50, 1), l. 4 C. de incolis (10, 39).

44) L. 20 D. h. t. („Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione"). Wegen dieser die Veränderung des Domicils bedingenden positiven Erfordernisse sagt man, dieselbe werde nicht präsumirt. Vgl. Rivinus: De domicilii mutatione non praesumta, Lips. 1726, Glück VI. S. 276, Strippelmann: Neue Sammlung II. 5, 6.

45) L. 5, 6 §. 2, l. 27 §. 2 D. h. t. (50, 1), c. 2 pr. in VI. de sepult. (3, 12).

46) Vgl. über das Vorstehende Savigny a. a. O. VIII. S. 65, 66.

47) Entsch. des O. Trib. zu Stuttgart und des O. A. G. zu Celle bei Seuffert III. 375, V. 139. Nach dem Allg. D. H. G. B. Art. 213, 247 sub 2 hat die Actiengesellschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat. Ebenso die offene Handelsgesellschaft nach Art. 111, die Commanditgesellschaft nach Art. 164, und nach dem Reichs-Genossenschafts-Gesetz vom 4. Juli 1868 §. 11, 49 die Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaft.

hindert. In diesem Sinne haben Confinirte einen nothwendigen Wohnsitz an dem ihnen angewiesenen Orte,[48] Staatsdiener am Amtsorte, und Soldaten, welche den Soldatendienst zu ihrem Berufe gewählt haben, also nicht bloß der gesetzlichen Militärpflicht zu genügen gedenken,[49] am Orte der Garnison.[50] Die Confinirten aber sollen neben dem ihnen angewiesenen Wohnsitze den bisherigen beibehalten können,[51] und um so mehr muß ein Gleiches von den anderen genannten Personen gelten.[52]

3. Auch die Abhängigkeit, in welcher eine Person zu einer anderen steht, kann den Wohnsitz begründen, und dies gewinnt eine besondere Bedeutung dadurch, daß das vom forum domicilii Geltende auch auf das forum persona privilegiatum anzuwenden ist, einerlei ob bei demselben der Wohnsitz in Betracht kommt oder nicht.[53] Die Ehefrau folgt dem Wohnsitze des Mannes,[54] und setzt ihn nach Auflösung der Ehe bis zur Begründung

---

48) L. 22 §. 3 D. h. t. (50, 1). Einen Fall der Anwendung bietet das Reichsgesetz vom 4. Juli 1872 (betr. den Orden der Gesellschaft Jesu) §. 2 a. E. — Sträflinge werden den Confinirten nicht gleichzustellen sein, weil der Strafort zum Sitz des Haushalts weder bestimmt, noch geeignet ist. Vgl. die Entsch. des O. A. G. zu München bei Seuffert: Archiv XXIV. 274.

49) Diese der heutigen Kriegsverfassung entsprechende Modification findet ein Vorbild in l. 23 §. 1 D. h. t. (50, 1) verb. „si nihil in patria possident".

50) L. 23 §. 1 D. h. t. (50, 1). — Ueber die Senatoren vgl. l. 11 D. de senat. (1, 9), l. 22 §. 4—6 D. h. t., l. 2 C. ubi senatores (3, 24), l. 8 C. de incolis (10, 39).

51) L. 27 §. 3 D. h. t. (50, 1): „Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci, unde arcetur". Bei zeitweiliger Verbannung hat diese Entscheidung nichts Auffallendes, und an eine solche ist nach l. 13 in f. D. quibus ex reb. (42, 4) wohl zu denken; sie würde sich aber auch für die auf Lebenszeit ausgesprochene rechtfertigen, ohne daß es der gezwungenen Beschränkung auf die Theilnahme an den bisherigen Lasten bedarf, von welcher sie Savigny VIII. S. 61 q. versteht, da die Leitung des Hausstandes, welche ja das Entscheidende ist, recht wohl aus der Verbannung geschehen kann. Vgl. auch Gesterding a. a. O. VII. S. 421.

52) Ueber die Voraussetzungen vgl. die Entsch. des O. A. G. zu Cassel bei Strippelmann II. 31.

53) Hierbei ist zu denken an die Gerichte der Schriftsässigen, die academischen und die Kriegsgerichte. Die Analogie, von welcher im Text die Rede ist, beruht nicht auf unmittelbarer gesetzlicher Bestimmung, sondern ist durch Doctrin und Praxis festgestellt worden. Vgl. Glück: Commentar VI. 406, 407, und die daselbst Citirten. Eine gesetzliche Grundlage hat sie jedoch für die Ehefrau und die Kinder darin, daß diese schon nach R. R. den Stand und Rang des Mannes und Vaters theilen — vgl. tit. D. de senat. (1, 9), l. 9 C. de incolis (10, 39), l. 13 C. de dignit. (12, 1) [„Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, et forum ex eorum persona statuimus, et domicilia mutamus"] —, und in den Reichsgesetzen ist sie ausdrücklich auf das Personal des R. K. Gerichts und R. H. Raths angewandt worden — vgl. Conc. der K. G. O. von 1613 I. 63 §. 1, J. R. A. §. 141, R. H. O. tit. 1 §. 8, Wahlcapit. Art. 25 §. 7.

54) L. 5 D. de ritu nupt. (23, 2), l. 65 D. de jud. (5, 1), l. 38 §. 3 D.

eines neuen fort;[55] eheliche Kinder haben den Wohnsitz ihres Vaters, uneheliche den ihrer Mutter (das von den Neueren s. g. forum originis), können aber späterhin einen anderen wählen,[56] und eine verbreitete, obschon keineswegs allgemeine Praxis nimmt an, daß die Dienstboten, denen in dieser Beziehung Gesellen und andere gebröbte Diener gleichzustellen sein würden, den Wohnsitz ihrer Herrschaft theilen.[57]

Endlich gibt es Personen, welche ohne Wohnsitz sind, weil sie den bisherigen aufgegeben haben, um einen neuen aufzusuchen,[58] oder um unstät von einem Orte zum anderen zu gehen.[59] Gegen solche Personen hilft das forum arresti aus; es darf gegen sie da um Arrestanlage gebeten und gleichzeitig Klage erhoben werden, wo man sie oder ihnen gehörige Sachen antrifft.[60] Gelingt aber die Arrestanlage nicht, oder stehen Handlungen der freiwilligen Jurisdiction in Frage, welche vor dem forum arresti nicht vorgenommen werden können, so ist auf ihr früheres Domicil zurückzugehen, welches, wenn sie es nicht selbst durch freie Entschließung

h. t. (50, 1), l. 9 C. de incolis (10, 39), l. 13 C. de dignit. (12, 1). Vgl. auch l. 19 D. de jurisd. (2, 1). Nur muß die Ehe gültig eingegangen, nicht bloß vorbereitet sein. Vgl. l. 32, 37 §. 2 D. h. t.

55) L. 22 §. 1 D. h. t. (50, 1), l. 9 C. de incolis (10, 39), und über das forum persona privileg. insbesondere Glück a. a. O. VI. S. 406, 418 Note 97.

56) L. 3, 4, 6 §. 1, l. 17 §. 11 D. h. t. und dazu Glück a. a. O. (Note 55). — Vom Domicil der unehelichen Kinder handeln die citirten Stellen freilich nicht, es ergibt sich aber aus der Analogie, da die patria potestas des ehelichen Vaters bei obiger Bestimmung ohne Einfluß ist. Vgl. Gesterding a. a. O. VII. S. 426, Savigny VIII. S. 62.

57) Einen gesetzlichen Anhaltspunkt gibt die Auth. Friderici I. Habita D. ne filius pro patre (4, 13), wo neben den scholares auch deren nuntii erwähnt werden („— ut ad loca, in quibus litterarum exercentur studia, tam ipsi, quam eorum nuntii veniant, et in eis secure habitent"). Auch hat man sich wohl auf l. 2 §. 4 C. de episc. et cler. (1, 3) berufen, welche die Befreiung der Geistlichen von öffentlichen Lasten zugleich den ministeriis eorum, sive mares sint, sive feminae, einräumt. Allein zur Begründung einer allgemeinen Regel sind diese Stellen so wenig geeignet, wie die Analogie der liberti, deren Wohnsitz bis zu einer späteren Veränderung der des Patrons war — l. 6 §. 3, l. 22 pr. D. h. t. (50, 1) vgl. mit l. 22 §. 2, l. 27 pr., l. 37 §. 1 D. eod. —, wogegen sich die im Text erwähnte Praxis als ein wahres Gewohnheitsrecht sehr wohl daraus rechtfertigt, daß die deutsche Sitte das Gesinde, Gesellen und andere gebröbte Diener zur Familie zählt. Anerkannt ist diese Praxis, die sich auch auf das forum persona privilegiatum bezieht, für die Dienerschaft des R. K. G. und R. H. R. Personals in den am Ende der Note 53 citirten Reichsgesetzen. Vgl. Glück VI. 244—251 (wo sich weitere Literaturnachweise finden), Dorn: Gesinderecht §. 207, Savigny VIII. S. 63, Seuffert: Archiv IV. 254.

58) L. 27 §. 2 D. h. t. (50, 1).

59) Namentlich Landstreicher (vagabundi).

60) S. unten §. 41 unter IV. 2.

begründet haben, das des Vaters (oder der Mutter), also das s. g. forum originis ist.[61] Die speciellen Competenzgründe finden jedoch in derselben Art auf sie Anwendung, wie auf andere Personen.

Auf die Erben geht der Wohnsitz als etwas rein Persönliches so wenig über, als das forum domicilii.[62]

Die speciellen Competenzgründe.

§. 41.

Unter denjenigen Competenzgründen, welche sich auf einzelne Klagen beziehen, findet

I. der Gerichtsstand des Erfüllungsorts forum solutionis)[1] die weiteste Anwendung. Zwischen Erfüllung und gerichtlicher Geltendmachung der Obligationen findet ein natürlicher Zusammenhang Statt. Alle Obligationen sind auf Erfüllung, Zahlung gerichtet; wird diese nicht freiwillig geleistet, so kann sie durch die angerufene Hülfe des Richters erzwungen werden. Es liegt daher nahe, daß der Ort der Erfüllung auch den Ort der Klage bestimme. Dennoch ist, da nicht jede Obligation ihren eigenthümlichen Erfüllungsort hat, die Regel die, daß der Schuldner da erfüllen muß, wo er verklagt wird.[2] Nur dann, wenn die Erfüllung durch den Vertrag, aus welchem sie zu leisten, an einen vom wechselnden Wohnsitz des Schuldners unabhängigen Ort fixirt ist, soll umgekehrt der Schuldner da belangt werden können, wo er

---

61) Vgl. Gaill: Obs. I. 1 nr. 34, Carpzov: Decis. 1 nr. 11 und in f., Brunnemann ad l. 33 D. h. t., Schilter: Praxis jur. rom., exerc. XIII. §. 24, Lauterbach: Coll. th. pract. V. 1 §. 46, Stryk: U. M. V. 1 §. 18, Berger: Oecon. jur. IV. 4 th. 1 not. 6, Wernher: Obs. for. III. p. 1 obs. 408, Glück: Commentar VI. S. 263, Savigny VIII. S. 102—106.

62) Arg. l. 66 §. 4 D. ad S. C. Treb. (36, 1). Vgl. jedoch §. 39 Note 16, und über l. 19 pr. D. de jud. (5, 1) und l. 2 C. de jurisd. (3, 13) §. 41 Note 4.

1) Vgl. im Allgemeinen Linde im Archiv für civ. Pr. VII. 2, Bethmann-Hollweg: Versuche Nr. I. S. 16 fg., Der röm. C. Pr. II. §. 74 unter 1, Briel: Gerichtsstand aus persönlichen Verbindlichkeiten, München 1828, Linde: Abhandl. II. 8, Ayrer: Comm. de foris obligationum, Gott. 1830, Mühlenbruch im Arch. für civ. Pr. XIX. 13, Albrecht: Progr. über das Motiv des forum contractus, Würzb. 1845, Savigny: System VIII. S. 205 fg. — Ueber das ältere deutsche Recht vgl. Stobbe in Bekker's und Muther's Jahrb. des gem. D. R. I. S. 441—443, Simon l. c. S. 44 fg.

2) L. 1 D. de annuis leg. (33, 1), l. 38 D. de jud. (5, 1), l. 47 §. 1 D. de leg. I. (30, 1), l. 4 D. de cond. trit. (13, 3), l. 22 D. de reb. cred. (12, 1).

erfüllen muß.[3] Nicht als ob dieser bestimmte Ort der Erfüllung nothwendig vom zeitigen Wohnsitze des Schuldners verschieden sei; er kann recht wohl mit ihm zusammenfallen, bleibt dann aber von der Aufhebung desselben unberührt, und begründet den Gerichtsstand auch noch dem weggezogenen Schuldner, so wie den Erben des verstorbenen Schulders (s. g. forum heredis) gegenüber.[4]

Daß nun der fixirte Erfüllungsort als solcher es ist, welcher diesen besonderen Gerichtsstand begründet,[5] nicht irgend ein anderer Umstand, selbst nicht der Wille der Parteien, der nach einer neueren Ansicht jenen und zugleich (nicht mittelbar) diesen begründen soll,[6] geht entschieden aus den Bestimmungen des R. R. über die Anwendung des forum solutionis auf die Condictionen hervor. Wem durch ein negotium stricti juris, z. B. durch Stipulation, Darlehn oder Legat (legatum per damnationem oder sinendi modo) die Verpflichtung auferlegt war, an einem bestimmten Orte zu zahlen, konnte ursprünglich nur an diesem Orte auf Zahlung belangt werden. Denn eine freie Berücksichtigung und Schätzung des Ortsinteresses ließ die enge Fassung der Klage nicht zu, und bei jedem anderen Gerichte hätte daher unwillkührlich der Gläubiger mehr gefordert, als der Schuldner ihm zu leisten verpflichtet war. Nicht freiwillige Unterwerfung also, sondern die örtliche Bestimmtheit der Obligation wies auf das forum solutionis als ein nothwendiges hin,[7] und ein bloßer Nothbehelf war

3) L. 19 §. 4 D. de jud. (5, 1), l. 3 D. de reb. auct. jud. (42, 5), l. 21 D. de O. et A. (44, 7), c. 17 X. de foro comp. (2, 2).

4) L. 19 pr. D. de jud. (5, 1), l. 2 C. de jurisd. (3, 13). Vgl. auch l. 45 §. 1 D. de jud. und dazu Koch: Diss. de foro heredis, Giess. 1765, Bethmann-Hollweg: Versuche S. 24, Der röm. C. Pr. II. 74 Note 1, Savigny VIII. S. 220.

5) Diese Meinung wird gegen Mühlenbruch a. a. O., welcher neben dem ausdrücklichen Zahlungsort ein partielles Domicil als Competenzgrund annimmt, gründlich ausgeführt von Albrecht a. a. O., dem dann wieder Savigny VIII. S. 211 und Bayer: Vorträge §. 66, jedoch mit einer unten (Note 25) zu erwähnenden Modification gefolgt sind.

6) So Bethmann-Hollweg: Versuche S. 20, Der röm. C. Pr. II. S. 126, 128 [der übrigens früher (Versuche S. 36 fg.) den Fall des ausdrücklichen Erfüllungsortes anders behandelte], und nach ihm Briel a. a. O. §. 7 fg., wie denn selbst Savigny sich von dieser Ansicht nicht ganz frei gehalten hat, indem er den Erfüllungsort und zugleich den Gerichtsstand auf den Willen der Parteien zurückführt, was besonders VIII. S. 242 hervortritt. Vgl. auch Max Cohn: Die sogenannte actio de eo quod certo loco, Berlin 1877 S. 11.

7) §. 33 I. de act. (4, 6), l. 1 D. de eo, quod certo loco dari oportet (13, 4). An einem anderen Ort kann auch nicht geleistet werden. Vgl. l. 2 §. 7, l. 9 D. eod. Abweichend in Bezug auf die innere Motivirung der Ausschließlichkeit des forum solutionis bei den Condictionen Cohn a. a. O. S. 29 fg.

die Annahme der römischen Juristen, daß wenn dem Schuldner die Wahl zwischen mehreren Zahlungsorten gegeben, nach eingetretener Mora an jedem derselben gegen ihn geklagt werden könne.[8] Erst späterhin wurde an dem persönlichen Gerichtsstand eine freier concipirte Klage, die actio de eo, quod certo loco dari oportet proponirt, welche das verschiedene örtliche Interesse der Leistung zu Gunsten der einen wie der anderen Partei in Betracht zu ziehen erlaubte; der Gläubiger sollte unter den Schwierigkeiten nicht leiden, welche am Orte der Erfüllung seinem Auftreten vielleicht entgegenstanden.[9] Nunmehr konnte an beiden Gerichten geklagt werden, ganz so wie aus den mit einem Zahlungsorte versehenen b. f. negotia, deren bequemere Klage dem Gläubiger von selbst schon weiteren Spielraum ließ,[10] ohne daß deshalb die Grundlage des forum solutionis bei ihnen eine andere gewesen wäre.

Keineswegs aber braucht der Zahlungsort ausdrücklich verabredet zu sein, auch die stillschweigende Abrede reicht aus,[11] und eine solche ist bei freien Geschäften mit Rücksicht auf die bona fides schon dann anzunehmen, wenn unter den gegebenen Umständen die Erwartung gerechtfertigt ist, daß an einem bestimmten Orte die Zahlung werde geleistet werden (s. g. forum contractus). So wird häufig, wenngleich nicht ohne den Hinzutritt anderer Umstände, als stillschweigend verabredeter Zahlungsort der Ort der Vertragsschließung gelten müssen.[12] Treibt Jemand auswärts ein gewerbliches Geschäft von einiger Dauer, wie der Kaufmann am Meßort, so versteht sich von selbst, daß er daselbst die verkauften Waaren auch liefern wolle.[13] Von dem Reisenden darf man

8) L. 2 §. 3 D. eod.

9) L. 2 sequ. D. eod., l. 16 §. 1 D. de pec. const. (13, 5), l. 1 C. ubi conveniatur, qui certo loco (3, 18), §. 33 I. de act. (4, 6).

10) L. 7 D. de eo quod certo loco (13, 4).

11) Ob die stillschweigende Abrede zur Begründung des forum solutionis auch bei neg. stricti juris ausreiche, wie z. B. wenn stipulirt worden ist, fundum Tusculanum tradi, mag dahin gestellt sein. Für die Bejahung ist Savigny VIII. S. 213 gegen Bethmann-Hollweg: Versuche S. 47—50, Der röm. C. Pr. II. §. 74 Note 17 (vgl. aber auch Note 5). — Ueberhaupt nicht als Feststellung eines Erfüllungsortes ist die in eigenen Wechseln oft vorkommende Clausel „zahlbar hier und aller Orten" anzusehen. Vgl. Entscheidungen des R. O. H. G. IV. 54.

12) Die ältere Ansicht ging dahin, daß in Ermangelung eines bestimmten Erfüllungsortes der Gerichtsstand schlechthin da begründet sei, wo die Obligation entstanden, mit Beziehung auf l. 19 §. 2 D. de jud. (5, 1), l. 3 D. de reb. auct. jud. (42, 5), l. 21 D. de O. et A. (44, 7). Vgl. Glück: Commentar VI. S. 298. S. dagegen Savigny VIII. S. 209.

13) L. 19 §. 2 D. de jud. (5, 1).

erwarten, daß er die gewöhnlichen Lebensbedürfnisse, und bei längerem Aufenthalte selbst die bezüglich derselben gemachten Schulden an Ort und Stelle bezahle.[14] Um so mehr ist bei demjenigen, welcher sich an seinem Wohnorte verpflichtet, der gute Wille vorauszusetzen, eben hier und nicht an dem etwa später gewählten Wohnorte zu erfüllen,[15] ohne daß es, wenn der Gläubiger ein Auswärtiger ist, einen Unterschied macht, ob mündlich, durch Briefe, Boten oder reisende Diener contrahirt wird.[16] Nach demselben Gesichtspunct aber erscheint auch für auswärts übernommene Verpflichtungen, wenn sie zum Orte der Vertragsschließung keinen speciellen Bezug haben, der Wohnort des Schuldners als präsumtiver Erfüllungsort,[17] so daß dann gesagt werden kann: „contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia."[18] — Noch weiter tritt die Rücksicht auf den Entstehungsort in dem Falle zurück, wo eine fortlaufende Geschäftsführung, z. B. eine Vormundschaft, die aufgetragene oder aus eignem Entschluß übernommene Besorgung der Geschäfte eines Anderen, die Verwaltung eines in sich abgeschlossenen eigenen Geschäftszweiges, an eine bestimmte Oertlichkeit geknüpft ist, indem sich auch daran die Erwartung knüpft, daß die Lösung aller einschlagenden Angelegenheiten an diesem und an keinem anderen Ort erfolgen werde (s. g. forum gestae administrationis).[19] Es fallen unter diesen Gesichtspunct einerseits die Verbindlichkeiten des Geschäftsführers gegen den dominus,[20] andrerseits die Verpflichtungen, welche dieser oder jener (der dominus namentlich auch mittelbar durch die Verträge des Geschäftsführers)[21] gegen Dritte übernimmt. Und hieraus ergibt sich denn zugleich, daß der Gerichtsstand des Erfüllungsorts nicht bloß für wirkliche

14) Vgl. Savigny VIII. S. 222, 223.

15) S. die Citate der Note 4 und Albrecht a. a. O. S. 19.

16) Savigny VIII. S. 224, 225, 235, 236.

17) L. 65 D. de jud. (5, 1): „Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est". — Hiermit stimmen die Worte Ulpian's in l. 19 §. 2 D. de jud. überein: „Nam ubi sic venit, ut confestim discedat, et quasi a viatore vel eo, qui transvehebatur vel eo, qui παρέπλει, emit, durissimum est, quotquot locis quis navigans vel iter faciens delatus est, tot locis sese defendere."

18) L. 3 D. de reb. auct. jud. (42, 5). Vgl. auch l. 21 D. de O. et A. (44, 7).

19) L. 19 §. 1, 3, l. 36 §. 1, l. 45 pr. D. de jud. (5, 1), l. 4 §. 5 D. de edendo (2, 13), l. 54 §. 1 D. de proc. (3, 3), l. 1, 2 C. ubi de ratioc. (3, 21).

20) L. 36 §. 1 D. de jud. (5, 1), l. 1, 2 C. ubi de ratioc. (3, 21).

21) L. 54 §. 1 D. de proc. (3, 3), l. 19 §. 3 D. de jud.

Contracte, sondern ebenso für Quasi-Contracte (tutela, cura, negotiorum gestio, öffentliches Amt) begründet sein kann.[22]

Dagegen liegt ein wahrer Erfüllungsort in denjenigen Fällen nicht vor, in welchen der Schuldner berechtigt, nicht verpflichtet ist, die schlechthin geschuldete Restitution einer Species da vorzunehmen, wo diese sich ohne seinen dolus befindet.[23] Dies kommt überhaupt nur bei actiones arbitrariae vor,[24] und erklärt sich ganz einfach daraus, daß die Leistung des Schuldners darauf beschränkt ist, dem Gläubiger das Ansichnehmen der Sache zu gestatten.[25] Rücksichtlich der Fideicommisse gehen jedoch kaiserliche Rescripte einen Schritt weiter. Sie sollen nicht bloß restituirt, sondern auch eingeklagt werden können, wo sich der größere Theil der Erbschaft befindet,[26] wogegen aber auch die Erbschaftsgläubiger befugt sind,

---

22) Dies ist der Sinn der l. 20 D. de jud.: „Omnem obligationem pro contractu habendam, ut ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa.“ Vgl. Erk. des O. A. G. zu Darmstadt im Archiv für pract. R. W., N. F. VII. S. 330 fg.

23) L. 38 D. de jud. (5, 1), l. 10, 11, 12 D. de R. V. (6, 1), l. 11 §. 1 D. ad exhib. (10, 4), l. 12 §. 1 D. depos. (16, 3), l. 47 pr. §. 1 D. de leg. I.

24) Die l. 12 §. 1 D. depos. (16, 3) drückt sich etwas abweichend aus, wenn sie sagt: „Eadem dicenda sunt communiter in omnibus b. f. judiciis.“ Es ist dies aber wohl eben so zu verstehen, wie eine ähnliche zu allgemeine Aeußerung über das juramentum in litem. Vgl. §. 28 Note 3. Für die Condictionen wird die Anwendung jener Bestimmung ausdrücklich zurückgewiesen in l. 137 §. 4 D. de V. O. (45, 1); nur die persönlichen Legatsklagen machen hiervon eine Ausnahme nach l. 38 D. de jud. (5, 1) und l. 47 pr. §. 1 D. de leg. I. (30, 1), was sich nach der sinnreichen Vermuthung Savigny's VIII. S. 231 Note x. wohl daraus erklärt, daß diese Stellen in ihrer ursprünglichen Fassung von dem legatum sinendi modo handelten, welches dem Legatar eben nur das Recht gewährte, die legirte Sache an sich zu nehmen.

25) Albrecht a. a. O. S. 29—32 (eben so wie früher Linde: Abh. II. S. 118) nimmt auch in diesen Fällen ein forum contractus an, verleitet durch l. 38 D. de jud. (5, 1) verb. „per in rem actionem — — ibi peti debet, ubi res est“ und andere Stellen, in denen ähnliche Ausdrücke vorkommen [l. 11 §. 1 D. ad exhib. (10, 4), l. 12 §. 1 D. depos. (16, 3), l. 10—12 D. de R. V. (6, 1)]. Allein dann könnte das forum rei sitae nicht nachweislich später eingeführt sein. Vgl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 74 fg., Der röm. C. Pr. II. §. 74 Note 16, Savigny VIII. S. 231 fg. und nun auch Bayer: Vorträge §. 66 (8. Aufl.).

26) L. 50, 51, 52 D. de jud. (5, 1), l. un. C. ubi fideicomm. pet. (3, 17). Diese Bestimmung hängt wohl mit der extraordinaria causae cognitio, welche wegen der Fideicommisse gegeben wurde, und zugleich damit zusammen, daß die cautio fideicommissorum servandorum causa da mußte gefordert werden können, wo sich Erbschaftssachen befanden, weil diese Caution durch missio in possessionem erzwungen wurde. Vgl. l. 52 §. 4 D. de jud. (5, 1), l. 5 §. 3 D. ut leg. serv. c. (36, 3) mit l. 12 §. 1 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5) und dem unten unter IV. Bemerkten. Vgl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 32, Der röm. C. Pr. II. §. 74 Note 23, Savigny VIII. S. 232.

an eben jenem Orte wie aus einer Geschäftsführung gegen die Fideicommissare zu klagen.[27]

Uebrigens kann auf den Gerichtsstand des Erfüllungsorts, welcher bei zweiseitigen Obligationen wider jeden der Contrahenten an einem anderen Orte begründet sein kann[27a] und niemals mehr ein nothwendiger ist,[28] sowohl bei Begründung der Obligation, als nachher verzichtet werden,[29] und von vornherein unanwendbar ist derselbe auf die nicht aus dem Vertrage selbst entspringenden rescindirenden Rechtsmittel, insbesondere auf die imploratio restitutionis.[30]

Justinian nun hat durch die nov. 69 c. 1 mit Hinweisung auf den leichteren Beweis und die Kostenersparniß eine sehr allgemein gehaltene Bestätigung dieses Gerichtsstandes ausgesprochen, und aus gleichen Rücksichten

II. den Gerichtsstand des begangenen Verbrechens (forum delicti commissi), welcher bis dahin nur im Criminalverfahren und für einzelne Delictsklagen[31] Geltung gehabt hatte, auf alle übrigen Delictsklagen ausgedehnt. Wer also aus einem Delict auf Schadensersatz oder Strafe klagen will, darf bei dem Gerichte des Ortes auftreten, an welchem das den Klagegrund bildende Delict verübt worden ist.[32] Freilich wollen manche ältere

27) L. 66 §. 4 D. ad S. C. Treb. (36, 1).

27a) Vgl. die Entsch. des O. G. zu Wolfenbüttel bei Seuffert: Archiv XIX. 268.

28) Dieses Wahlrecht wird allgemein anerkannt in l. 19 §. 4 D. de jud. (5, 1), wo „habeat" statt „habuit" gelesen werden muß, l. 16 §. 1 D. de pec. const. (13, 5), l. 1, 2, 3 D. de reb. auct. jud. (42, 5), l. 1 C. ubi conv. (3, 18), c. 17 X. de foro comp. (2, 2).

29) L. 19 §. 2 D. de jud. (5, 1) [„nisi alio loci, ut defenderet, convenit"], l. 50 pr. in f. D. eod. Mitunter ist die Ausschließlichkeit des s. g. forum gestae administrationis behauptet worden wegen l. 45 pr. D. eod. („conveniri oportet"); dagegen s. aber l. 4 §. 5 D. de edendo (2, 13) und Savigny VIII. S. 242. t.

30) Die l. 2 C. ubi et apud quem (2, 47) verweist die rest. in integrum an das forum domicilii. Der Restitution aber stehen in Beziehung auf den Gerichtsstand die ädilicischen Klagen gleich, wogegen wegen der lex commissoria, des pactum displicentiae, des dolus die Contractsklage Statt findet. Vgl. Glück: Commentar VI. S. 301—303, Savigny VIII. S. 241.

31) Nämlich nach l. 43 D. de noxal. act. (9, 4) für Noxalklagen, nach l. 1 C. ubi de poss. (3, 16), einer Const. von Valentinian und Valens a. 366, für das interdictum de vi. Daraus, daß die l. 24 §. 1 D. de jud. (5, 1) den Legaten das jus revocandi domum Delictsklagen gegenüber abspricht, läßt sich auf einen allgemeinen Gebrauch dieses Gerichtsstandes in der classischen Zeit nicht schließen, wie Bayer a. a. O. §. 68 und die daselbst Citirten thun. Vgl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 29, 52, Der röm. C. Pr. II. §. 74 Note 31, Savigny VIII. S. 239.

32) Vgl. auch c. 20 X. de foro comp. (2, 2), c. 1 in VI. de privil. (5, 7).

Juristen jene Novelle ausschließlich auf den Criminalproceß beziehen;[33] allein diese Auffassung ist mit dem Wortlaut unvereinbar,[34] und wird darum wenigstens in der neueren Zeit von der Praxis nicht befolgt.[35]

Nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit obligatorischen Verhältnissen stehen nun aber die übrigen speciellen Competenzgründe, nämlich

III. der Gerichtsstand der gelegenen Sache (forum rei sitae),[36] d. h. des Ortes, an welchem das Streitobject liegt. Dieser Gerichtsstand hat seine natürliche Grundlage darin, daß die local begrenzte richterliche Gewalt auch die in ihrem Sprengel befindlichen Sachen ergreifen muß, und daß dingliche Rechtsverhältnisse, welche hier vorzugsweise in Betracht kommen, sich nirgends bequemer als an Ort und Stelle ausmitteln und realisiren lassen.[37] Da jedoch zur Zeit des Formularprocesses die Verurtheilung stets auf Geld zu richten war, und die in rem actiones ohnehin auch gegen den Detentor angestellt werden konnten, welcher sich noch gewöhnlicher als der Besitzer selbst da aufzuhalten pflegt, wo die besessene Sache liegt,[38] so erklärt es sich, daß das forum rei sitae in verhältnißmäßig später Zeit, im J. 385 von den Kaisern Valentinian, Theodos und Arcadius[39] für die Eigenthums-

---

33) S. die von Glück VI. S. 315, 316 Citirten.

34) Nov. cit. c. 1 §. 1 verb. (nach der Vulg.) „Quid enim erit durius, quam laesum forsan circa sublationem bovis, aut equi, aut jumentorum alicujus, aut pecudum, aut (ut exiguum dicamus) domesticae gallinae, hunc cogi non in qua aufertur provincia litigare, sed alibi currere, et ibi probationes horum, quae pertulit, exigi, et aut plures expensas pati, quam rei aestimatio est, aut inopiam ingemiscentem ferre?"

35) Vgl. die Erk. bei Seuffert: Archiv II. 324, IV. 255, VII. 103, und bei Buchka und Budde: Entscheidungen des O. A. G. zu Rostock IV. 3.

36) Im Allgemeinen vgl. Bethmann-Hollweg: Versuche I. S. 53 fg., Heffter im Arch. für civil. Pr. X. 9, Sintenis: Erläuterungen zu Linde's Lehrb. I. S. 1 fg., Stobbe in Bekker's u. Muther's Jahrb. des gem. D. R. I. S. 434—441, Simon: Juris saxonici medii aevi de foro competenti praecepta, Regim. 1867 p. 17 sequ., Sohm: Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung I. S. 301—309.

37) Bethmann-Hollweg: Versuche S. 53.

38) Mit Rücksicht hierauf war die l. 2 C. ubi in rem actio (3, 19), welche es durch die Einführung der laudatio auctoris möglich machte, den Besitzer zur Vertheidigung am Gericht der gelegenen Sache zu nöthigen, gewissermaßen der Vorläufer der l. 3 C. eod. Vgl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 59.

39) L. 3 C. ubi in rem a. (3, 19): „Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res, propter quas contenditur, sitae sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri." Daß diese Stelle das forum rei sitae eingeführt habe, beweisen nunmehr ganz unzweideutig die fr. Vat. §. 326. A. M. Wieding: Der just.

klage,[40] und dann erst von Justinian durch die nov. 69 c. 1 in einer freilich sehr unbestimmten Art für andere ähnliche, auf Grenzen, Hypotheken und den Besitz bezügliche Streitigkeiten eingeführt wurde, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Hiernach rechtfertigt sich wohl seine in der Praxis[41] gangbare Anwendung auf alle Klagen aus dinglichen Rechten, insbesondere auch auf die a. negatoria und confessoria, für welche die Lage des angeblich dienenden Grundstücks entscheidend ist,[42] auf die hereditatis petitio,[43] auf die Theilungsklagen[44] und andere persönliche Klagen, welche aus wandelbaren, namentlich an den Besitz geknüpften Obligationen entspringen (s. g. actiones in rem scriptae).[45] Die possessorischen Interdicte dagegen fallen unter einen anderen Gesichtspunct.[45a] Unzweifelhaft gibt das R. R. dem Kläger zwischen diesem Gerichtsstand und dem des Wohnorts die Wahl.[46] Nach älterem deutschen

---

Libellproceß S. 637, der schon in l. 2. C. cit. das forum rei sitae findet. Diese Ansicht steht und fällt mit der oben in §. 7 N. 40 erwähnten bedenklichen Auslegung dieser Stelle. Ueber l. 38 D. de jud. (5, 1) vgl. Note 25, über l. un. C. ubi de hered. (3, 20) Arndts: Beiträge S. 117 fg., welcher das „vel si" durch „sogar wenn" übersetzt. Nach l. 24 §. 2, l. 25 D. de jud. fand das jus revocandi domum nur dann nicht Statt, wenn der Legat „legationis tempore — possidere coeperit." Erwähnung geschieht dieses Gerichtstandes auch in c. 3, 20 X. de foro comp. (2, 2), c. 1 in VI. de privil. (5. 7).

40) Dies die Bedeutung des Ausdrucks „in rem actio". Vgl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 62.

41) Vgl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 69.

42) Zanger: De except. II. 1 nr. 267, Erk. des O. A. G. zu Cassel bei Seuffert: Archiv I. 108, des O. G. zu Wolfenbüttel das. XXIV. 160.

43) Erk. des O. A. G. zu Darmstadt bei Seuffert IV. 84, wo sich weitere Zeugnisse aus der Praxis finden. Nicht entgegen l. 29 §. 4 D. de inoff. test. (5,2), l. un. C. ubi de hered. (3,20) — vgl. Note 39 —, weil das forum rei sitae erst durch die nov. 69 c. 1 auf die H. P. ausgedehnt worden ist. A. M. ist Bayer: Vorträge §. 65. Ueber ältere Ansichten, welche noch ausschließlich von der l. un. C. cit. ausgingen, vgl. dens. im Arch. für civil. Pr. VI. 8, dagegen aber Arndts: Beiträge S. 124, 125. Kein forum rei sitae ist das nicht gemeinrechtliche s. g. forum hereditatis als forum domicilii mortui für Erbschafts- und Erbtheilungsklagen. Vgl. Pufendorf: Obs. III. 156, Glück VI. S. 293, Erk. des O. A. G. zu Dresden bei Seuffert XXIV. 159.

44) Nach Analogie der in nov. 69 c. 1 ausdrücklich genannten a. finium regundorum. Vgl. Erk. des O. A. G. zu Cassel bei Seuffert XVIII. 45. A. M. ist Heise und Cropp: Jurist. Abh. I. 9, Bayer: Vorträge §. 65.

45) Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert IV. 83, wo auch auf die Literatur verwiesen wird, Entsch. des R. O. H. G. XVI. S. 278. A. M. ist Martin: Lehrbuch §. 51. Uebrigens mag dahin gestellt bleiben, ob die nov. 69 c. 1 verb. „sive de possessione" an diesen Fall oder an den der Noten 51, 52 gedacht habe.

45a) Vgl. Note 52.

46) Nach l. 3 C. ubi in rem a. (3, 19) verb. „Sed et in locis." Vgl. auch l. 12 C. de praescr. longi temp. (7, 33).

Recht aber wurden die Grundstücke als so integrirende Bestandtheile des sie umschließenden Gerichtsbezirks angesehen, daß ein fremdes Gericht über sie gar nicht urtheilen sollte,[47] und diese Ausschließlichkeit des forum rei sitae, anerkannt vom C. R.,[48] hat nicht in allen Ländern vom R. R. verdrängt werden können.[49]

IV. der Gerichtsstand der Zwangsbefugniß. Bei allen Klagen mit Ausnahme der Präjudicialklagen kann nach gefälltem Urtheil, und zur Sicherung des Klägers mitunter auch schon während des Processes die Anwendung gerichtlichen Zwanges nothwendig werden. Die Befugniß dazu entnimmt der Richter seiner in der Hauptsache begründeten Competenz, auf Grund deren er sogar die Hülfe anderer Gerichte in Anspruch nehmen darf, falls sich die Objecte des anzuwendenden Zwanges nicht in seinem, sondern in einem fremden Gerichtssprengel befinden. Nun lassen sich

47) Das fränkische Recht kennt zwar den Gerichtsstand des belegenen Grundstücks, aber nicht dessen Ausschließlichkeit — vgl. Sohm a. a. O. (Note 36) —, welche eine Schöpfung des späteren Mittelalters ist. Eins der ältesten Zeugnisse für diese Ausschließlichkeit wird (in Anwendung auf die Auflassung) die von Beseler in der Zeitschr. für R. W. IX. S. 257 citirte baierische Urkunde aus dem 12. Jahrh. sein. Außerdem vgl. sächs. Ldr. III. 33 §. 4, schwäb. Ldr. (ed. Gengler), c. 75 §. 5, c. 245 §. 1, Richtst. Ldr. (ed. Homeyer) c. 23 §. 4, Kaiserr. I. 15, K. Ludwigs Rechtsb. von 1346 c. 189, 245 (bei Freyberg: Sammlung IV. 3), Rechte zu Freysing a. 1359 sub tit. Mer umb Aigen und umb Lehen (das. V. S. 200), Münchener Stadtr. a. 1347 sub tit. Umb Aigen das in der Stadt gelegen ist, et tit. sequ. (das. V. S. 353), Verm. Sachsensp. III. 4 d. 3, Landfr. von 1265 (bei Boehmer: Cod. dipl. Moenofr. 134), von 1398 §. 7 (Neue Sammlung der R. A. I. S. 98), von 1438 §. 5 (das. I. S. 155), R. A. von 1438 Art. 2 §. 1 (das. I. S. 161), von 1466 §. 11 (das. I. S. 199). Andere Zeugnisse finden sich bei Stobbe a. a. O. (Note 36) I. S. 435 fg., Simon l. c. (Note 36.) p. 17 sequ., Kühns: Gesch. der G. V. und des Pr. in der Mark Brandenburg II. S. 340.

48) C. 3 X. de foro comp. (2, 2): „Sane si episcopi, inter quos causa versatur, sint diversarum provinciarum: ille primas det judices, in cujus provincia est locus, de quo contenditur.“ Berücksichtigt man den Einfluß deutscher Rechtsansichten auf die Lehre von den Gerichtsständen [vgl. c. 6, 7 X. eod., c. 5. 13 X. de jud. (2, 1)], so ist nicht wohl einzusehen, wie die große Mehrzahl der Juristen dieser Stelle ungeachtet die Concurrenz beider Gerichtsstände ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen hat annehmen können. Vgl. Heffter: System §. 157, und über die gangbare Ansicht Glück: Commentar VI. S. 290, Bethmann-Hollweg: Versuche S. 71 fg.

49) Nicht in Hessen nach Strippelmann: Neue Sammlung I. S. 28 und Seuffert: Archiv I. 107, in Baiern nach Cod. jur. bavar. jud. I. 9 und Kreittmayr: Anmerk. ad h. l., in Württemberg nach Berner-Schäfer: Das Verf. in bürg. Streitsachen vor d. Württ. Ger. S. 149, in Holstein nach Francke: Der gem. deutsche und schlesw.-holst. C. Pr. I. §. 55 (s. jedoch die Entsch. des O. A. G. zu Kiel bei Seuffert: Archiv VI. 255), in Mecklenburg nach Trotsche: Der Meckl. C. Pr. I. §. 41 und Meibom: Das Meckl. Hypothekenrecht §. 24 Note 3, in Nassau nach Erk. des O. A. G. zu Wiesbaden bei Seuffert XVIII. 46.

aber Umstände denken, unter denen der Kläger den Gerichtszwang principaliter anzurufen berechtigt sein muß, und wenn dann die durch die Gegenwärtigkeit der Executionsobjecte bedingte Befugniß zu den erforderlichen Maaßregeln demjenigen Gericht abgeht, welches in der Hauptsache competent sein würde, so fällt dem für sie zuständigen Gericht ausschließlich auch die Competenz in der Hauptsache zu.[50] Hiervon macht

1. schon das R. R. in einer Reihe von Fällen Gebrauch. Die Einweisung in den Besitz einer Erbschaft soll da erbeten und vorgenommen werden, wo die Erbschaftssachen sind.[51] Auf die Regulirung des Besitzes ist dasjenige Gericht angewiesen, in dessen Bezirk das streitige Object liegt.[52] Die operis novi nunciatio geschieht in re praesenti; mithin muß da, wo sie erfolgt ist, sowohl ihre Remission (durch Cautionsleistung oder in sonstiger Art), als ihre Aufrechthaltung durch Interdicte bewirkt werden.[53] Endlich braucht der, welcher cautio damni infecti fordert, dem Eigen-

---

50) Vgl. §. 39 zu Note 2. Der Gerichtszwang ist das Allgemeine, in jeder Gerichtsbarkeit liegende, die Zwangsbefugniß steht in concreto nur über die im Gerichtsbezirk anwesenden Personen und Sachen zu.

51) L. un. C. ubi de hered. (3, 20): „Illic ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est.“ Vgl. auch l. 3 C. de ed. D. Hadr. toll. (6, 33): „— si quis — competenti judici testamentum ostenderit.“

52) L. un. C. ubi de possessione agi oporteat (3, 16): „Ubi aut vis facta esse dicitur, aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci judicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit judicare.“ — Daß hier nicht bloß vom interd. unde vi (Note 31), sondern auch vom interd. uti poss. die Rede ist — vgl. Albert: Ueber das interd. uti possidetis §. 141, 151—153 —, und daß auf letzteres das forum delicti keine Anwendung finden kann (wie noch Bayer: Vorträge §. 65 annimmt — vgl. dagegen Puchta: Pandekten §. 133 f. und die daselbst Citirten), unterliegt kaum einem Zweifel. Dagegen entspricht es dem damals (a. 366) bereits eingeführten außerordentlichen Verfahren [§. 8 I. de interd. (4, 15)], daß man den zum Schutz und zur Regulirung des gegenwärtigen Besitzes erforderlichen Zwang als den unmittelbaren Zweck des interdictum uti possidetis betrachtete, und dieses deshalb vor denjenigen Richter verwies, von welchem der Zwang allein ausgehen konnte. Dies ist auch die Ansicht practischer Juristen. Vgl. Zanger: De except. II. 1 nr. 312 sequ., Kreittmayr: Anmerkungen I. 9, Strippelmann I. S. 28, und über die Ausschließlichkeit dieses Gerichtsstandes insbes. Glück: Commentar VI. S. 291 Note 97, Albert a. a. O. §. 151 Note 3 und die daselbst Citirten. A. M. ist jedoch Brackenhoeft: Erörterungen S. 231 Note 26 und einige andere hier angeführte Schriftsteller. Die übrigen Interdicte, namentlich das interd. quorum bonorum (vgl. Arndts a. a. O. S. 114), gehören noch nach just. Recht vor das forum domicilii — l. 2 C. de interd. (8, 1) —, während heut zu Tage die interd. adipisc. poss. bei dem forum rei sitae angestellt werden können.

53) Vgl. l. 1 §. 5, l. 5 §. 2, 3 D. de O. N. N. (39, 1) mit l. 1 §. 9 D. eod. [„Et post operis novi nunciationem committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni“].

thümer des baufälligen Hauses nicht nachzugehen; im Fall der Abwesenheit des Eigenthümers genügt eine Anzeige (denunciatio) an seinen Procurator oder die Miethsleute, und wenn das Haus unbewohnt ist, oder zu einer noch nicht angetretenen Erbschaft gehört, braucht die Anzeige sogar nur am Hause selbst angeschlagen zu werden.[54] Denn wenn die Caution nicht geleistet wird, kann die missio in possessionem, um die es dem Imploranten doch eigentlich zu thun ist, nur vom Gerichte des Ortes ausgehen, an welchem das Haus liegt.[55] — Von denselben Voraussetzungen ist die italienische und deutsche Praxis bei Ausbildung

2. des forum arresti[56] ausgegangen. Wenn zu befürchten ist, daß der Verklagte durch Verweigerung der Defension das Urtheil, oder durch Beseitigung der Zahlungsmittel die Execution unmöglich machen werde, so kann ihm der Richter auf Antrag des Klägers die Leistung einer c. judicio sisti oder c. judicatum solvi aufgeben, und um die Cautionsleistung zu erzwingen, das Streitobject oder andere Vermögensstücke, im Nothfall sogar die Person des Verklagten mit Arrest bestricken. Die Auferlegung der Caution und demnächst die Verhängung des Arrestes bildet hier den Gegenstand einer accessorischen Bitte, welche, wie früher bemerkt, der Klage und deren Gerichtsstand untergeordnet ist.[57] Anders dagegen verhält es sich, wenn die Verwirklichung des Nachtheils, welchen die Cautionsleistung hätte abwenden können, bereits vor Anstellung der Klage begonnen ist, oder durch deren Anstellung voraussichtlich würde veranlaßt werden. Alsdann wird für den Kläger die factische Sicherstellung seines Anspruchs die Hauptsache; statt um einfache Ladung muß er sofort um Anlage des Arrestes bitten, und diese Bitte an denjenigen Richter stellen, welchem die Gegenwart des ins Auge gefaßten Arrestobjects (bez.

---

54) L. 4 §. 5, 6 D. de damno inf. (39, 2).

55) Daher die unpersönliche Fassung des Interdicts in l. 7 pr. D. eod.: „Eum cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire, et cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo." Ueber die missio in possessionem überhaupt aber vgl. l. 12 §. 1 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5), l. 5 §. 3 D. ut legat. (36, 3).

56) Wahl: Diss. de foro arresti privilegiato, Goett. 1749. Balser: Progr. de arresto facti et illicito a judice rei sitae contra forensem decreto, Giess. 1752. Wach: Der Arrestproceß in seiner geschichtlichen Entwickelung I. (der ital. Arrestpr.) §. 17, 21 a. E. Ueber das ältere deutsche Recht Meibom: Das deutsche Pfandrecht, Marburg 1867 S. 158 fg., Simon l. c. S. 50 fg.

57) Vgl. §. 30 S. 322.

des zu arretirenden Schuldners) die Macht und dadurch die Competenz zur Verhängung des nöthigen Zwanges verleiht. Dieses forum arresti wird häufig mit dem für die Klage ohnehin begründeten Gerichtsstand zusammenfallen; von selbständiger Bedeutung dagegen ist es, wenn der Schuldner ein Ausländer, heimathlos (vagabundus)[57a] oder flüchtig ist, und eben so wenn er in fraudulöser Weise das Streitobject oder andere Executionsobjecte bereits über die Grenzen des Gerichts seines Wohnorts geschafft hat. Die Zwangsbefugniß macht hier nicht nur zur Anlage des Arrestes, sondern zugleich zur Entscheidung der Hauptsache competent. Denn die Existenz eines Klagrechts ist die Voraussetzung, seine Realisirung der Zweck des Arrestprocesses, und wenngleich daher der Arrest im Drange der Umstände auf bloße Bescheinigung der Klagthatsachen und ohne Berücksichtigung der möglichen Einreden verfügt zu werden pflegt,[58] so wird doch der zu seiner weiteren Justification erforderliche volle Beweis der Klage und eben so die Vertheidigung des Verklagten nicht zu gesondertem Verfahren an das für die Hauptsache an sich competente Gericht verwiesen, sondern in dem Gerichte des Arrestes und im Arrestverfahren selbst bewirkt. Wenigstens ist dies die dem älteren deutschen Recht[58a] entsprechende, und demnächst nach der Reception des R. R.[59] von den bewährtesten Practikern insbesondere auch in Sachsen stets festgehaltene[59a] Auffassung der Sache. Unbestritten

---

57a) Vgl. §. 40 Note 60.

58) Vgl. §. 29 Note 18a.

58a) Hiervon handelt sehr eingehend und gründlich Meibom: Das deutsche Pfandrecht S. 157 fg.

59) Ueber die Ausbildung des Arrestprocesses in Italien vgl. Wetzell in den krit. Jahrb. für deutsche R. W. 1848 S. 788—791, und nunmehr Wach a. a. O. I. Cap. 1, insbesondere über die Competenz des Arrestgerichts für die Hauptsache S. 165, 166.

59a) Vgl. Peck: Tr. de jure sistendi et manuum injectione s. arrestatione c. 43 nr. 1, Gaill: Obs. II. 44, Mevius: Tr. de arrestis c. 15 nr. 54, Stryk: U. M. V. 1 §. 32, Ludovici: Einleitung zum C. Pr. IV. 8, Es. Pufendorf: Proc. civ. br. luneb. V. 6 sect. 1 §. 21, Fr. Es. a Pufendorf: Observ. II. 91, Hofmann: Teutsche Reichspraxis II. §. 1567, 1575, Glück: Commentar VI. S. 335 Note 31 (und die das. Citirten), Claproth: Summ. Pr. §. 118, Danz: Grundsätze der summ. Pr. §. 55, 60, Bülow und Hagemann: Pract. Erört. IV. 37, Strippelmann: Neue Sammlung I. S. 87, 103. Sodann für Sachsen nach Constit. August's I. von 1572 Colerus: De proc. exec. III. 11 nr. 36, Carpzov: Definit. II. 15 d. 12 nr. 4, Resp. II. 31, und nach den späteren Gesetzen Osterloh: Die summ. bürg. Pr. §. 12, — für Württemberg nach dem Landrecht I. 79 §. 2, 3 Holland: Tr. de arresti mat. utiliss. Tübing. 1729 p. 16, Scheurlen: Der deutsche gemeine und württemb. C. Pr. I. §. 82, — für Bayern nach Cod. jur. bavar. jud.

ist dieselbe indeß nur, so weit es sich um die Anwendung des forum arresti auf die Heimathlosen und die Ausländer handelt. In den darüber hinaus liegenden Fällen nahmen vielfach schon die italienischen Stadtrechte die Competenz des Arrestgerichts in der Hauptsache nicht an, und da ihnen ein Theil der italienischen Juristen hierin gefolgt ist,[60] so hat deren Einfluß auch in die deutsche Praxis ein gewisses Schwanken gebracht.[60a] Doch handelt es sich dabei nicht bloß um den Gerichtsstand, sondern eben so sehr um die Gestaltung des Verfahrens, und deshalb gehört das Nähere in die Lehre vom Arrestproceß.

V. der Gerichtsstand der Abhängigkeit (forum connexitatis). Dieser wird von einem schon schwebenden Proceß für eine erst zu erhebende Klage entlehnt, ist aber immer ins Belieben des Klagberechtigten gestellt, und entweder durch eine materielle Abhängigkeit der einen Klage von der anderen bedingt, oder durch die processualische Stellung, welche der Kläger in dem anhängigen Proceß als Verklagter einnimmt. Dort redet man vom forum connexitatis materialis, hier vom forum reconventionis.

1. Das forum connexitatis materialis[61] ist nicht zu verwechseln mit dem sehr uneigentlich als Gerichtsstand bezeichneten

---

I. 8 Kreittmayr ad h. l. — Nicht hierher gehören die von der widerrechtlichen Bestrickung Reichsunmittelbarer durch Reichsunmittelbare handelnden R. A. von 1570 §. 84 und von 1594 §. 81 (vgl. mit §. 82, 83), auf welche sich Gaill: Tr. de manuum inject. c. 3 nr. 12, c. 11 nr. 30, Blumen: Proc. camer. tit. 33 nr. 30, Roding: Pand. jur. cam. I. 11 nr. 84 beziehen.

60) Vgl. Wach a. a. O. I. §. 22.

60a) Die beschränktere Competenz wird angenommen von den bei Glück a. a. O. VI. S. 355 Note 31 Citirten, so wie von Spangenberg zu Struben: Rechtl. Bed. V. 88, Bayer: Summ. Pr. §. 28, Vorträge §. 71 zu 2, Heffter: System S. 494, Schmid: Handbuch I. S. 118, Renaud: Lehrbuch S. 102, Erk. des O. Trib. zu Berlin bei Seuffert: Arch. XII. 303, des O. A. G. zu Lübeck das. XXIV. 291. — Unrichtig ist es aber jedenfalls, wenn Linde: Lehrbuch §. 92 a. E., Bayer a. a. O. und Renaud a. a. O. ein im Nothfall eingreifendes Forum des Aufenthalts annehmen. Der Aufenthalt begründet nicht an sich schon einen allgemeinen persönlichen Gerichtsstand, sondern die Zwangsbereitschaft, welche durch den Aufenthalt gegeben ist, entscheidet. Vgl. Wach a. a. O. I. S. 128 fg.

61) Carrach: Diss. de foro continentiae causarum ex connexitate, Halae 1751. Schmidt: Diss. de generibus continentiae causarum, Jenae 1754. Springer: Diss de causarum continentia germanica., quatenus distat a romana, sive connexitate causarum, Monast. 1770. Lotz: Civilist. Abhandl. Nr. 5. Strippelmann: Neue Sammlung VI. S. 319—369. Besonders aber Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht, Gött. 1844. — Das Nähere über die Verbindung mehrerer Rechtsstreite zu einem Verfahren wird übrigens erst in den §. 63, 64 vorgetragen werden.

forum continentiae causarum ex identitate fundamenti personali vel reali, von welchem in §. 38 die Rede gewesen ist. Auch hat es keine Anwendung auf die s. g. Incidentpuncte, welche im Lauf einer Sache zur Sprache kommen, und entweder processualische Fragen betreffen, oder zwar von sachlicher Bedeutung sind, aber doch aus der Litis Contestation, d. i. aus der Hauptbitte der Parteien entspringen, sollten sie gleich auch selbständig in einem besonderen Verfahren behandelt werden können.[62] Eben so wenig gehört hierher das Verbot des R. R., für innerlich zusammenhängende Sachen, welche wie possessorium und petitorium gleichsam Bestandtheile eines Processes bilden, verschiedene delegirte Richter zu erbitten und zu bestellen, indem dabei vorausgesetzt wird, daß der delegirende Richter in beiden Sachen competent ist.[63] Daß insbesondere die in possessorio begründete Competenz sich nicht auf das petitorium erstreckt, spricht das C. R. ganz bestimmt aus.[64] In der That kommt jener Gerichtsstand nur in folgenden wenigen Fällen zur Anwendung. a. Ersatz des durch ein Verbrechen verursachten Schadens kann vom Verletzten

---

62) Vgl. Planck a. a. O. S. 318. Eine Ausnahme stellt das C. R. in c. 3 X. de ord. cogn. (2, 10), c. 5 X. qui filii sint legit. (4, 17) für geistliche Incidentpuncte auf, welche, wenn sie vor dem weltlichen Richter zur Sprache kommen, an den geistlichen sollen abgegeben werden.

63) So sind l. 10 C. de jud. (3, 1) [durch Interpolation aus l. 2 C. Th. eod. hervorgegangen] und l. 13 C. de R. V. (3, 32) zu erklären. Vgl. damit l. 35 D. de acqu. v. amitt. poss. (41, 2). Zu viel Gewicht legt Planck S. 36 fg. auf den in l. 10 C. cit. gebrauchten Ausdruck „qui causae continentiam dividit" als Beweis dafür, daß das possessorium gleichsam nur als ein Vorspiel und Bestandtheil des petitorium anzusehen sei. Der innere Zusammenhang beider wird ganz klar auch in l. un. C. uti possid. (8, 6) anerkannt. — Das C. R. macht von der Regel „continentia causae dividi non debet" Anwendung auf die Interpretation der Commissionsschreiben, und nimmt an, daß ein Auftrag, der sich auf die Entscheidung eines Processes de tali re beziehe, possessorium und petitorium umfasse. Vgl. darüber c. 1 X. de sequestr. (2, 17), c. 1 X. de causa poss. (2, 12), c. 15 X. de rest. spol. (2, 13), und über ähnliche Fälle c. 3 X. de donat. int. V. et Ux. (4, 20), c. 2 X. de conjugio serv. (4, 9), c. 5, 21, 29 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29). Vgl. Planck S. 320 fg.

64) C. 21 X. de jud. (2, 1). Aehnlich, jedoch mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des R. K. G. sprechen sich die K. G. O. von 1555 II. 21 §. 2 und das Conc. der K. G. O. von 1613 II. 22 §. 2, 3 aus. Abweichende Ansichten aber haben sich häufig in der Praxis geltend gemacht. Vgl. die Entsch. des O. A. G. zu Jena (bei Seuffert: Archiv III. 372, mit vielen Nachweisungen) und des O. A. G. zu Cassel (ebendas. und bei Strippelmann: Neue Sammlung VI. S. 368 fg.), so wie die Nachweisungen bei Planck S. 324 fg. — und gegen die Berechtigung dieser Ansichten dens. S. 341 fg., Bayer: Vorträge S. 211. Gleichwohl kehrt die irrige Ansicht wieder in einem Erk. des O. A. G. zu Darmstadt bei Seuffert XXIII. 67 aus Verkennung des Inhalts und zeitlichen Verhältnisses von c. 1 X. de causa poss. und c. 21 X. de iud. cit.

adhaerendo bei dem Criminalgericht gefordert werden.[65] b. Der Principalintervenient nimmt wie an dem Verfahren, in welches er eintritt, so auch an dessen Gerichtsstand Theil.[66] c. Die Anwälte dürfen die Feststellung und Beitreibung ihrer Auslagen und Gebühren, so wie die Parteien die Herausgabe der Manualacten bei demjenigen Gericht beantragen, vor welchem der Hauptproceß geführt wird oder geführt worden ist.[67]

2. Das forum reconventionis[68] ist für jede Klage begründet,[69] welche während der Dauer,[70] also bis zur Beendigung

65) Schon nach späterem R. R. unter Voraussetzung der Competenz — l. 4 §. 4 D. fin. reg. (10, 1), l. 1 C. de off. rect. prov. (1, 40), l. 3 C. de ord. jud. (3, 8). Anders nach der P. H. G. O., welche zwar nicht allgemein, aber doch in einigen bestimmten Fällen — art. 198, 207—224 (vgl. auch art. 12, 99, 201) — dem Criminalrichter die Untersuchung über Civilpuncte als in sein officium gehörig zuweist, und nach der Praxis, welche überall dann annimmt, daß der Criminalrichter durch das Criminalverfahren für den Civilpunct zuständig werde, wenn er zugleich Civiljurisdiction hat. Vgl. Planck §. 15, 47, bes. S. 380, Zachariä: Handb. des d. Strafpr. I. S. 223, H. Ortloff: Der Adhäsionspr. Leipz. 1864.

66) Arg. l. 15 §4 D. de re jud. (42, 1). Vgl. §. 64 N. 20, Planck §. 55 S. 460.

67) L. 13 §. 9 in f. C. de jud. (3, 1) [und dazu Planck S. 54], K. G. O. von 1555 I. 46 §. 1, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 60 §. 7. Eine heut zu Tage nicht mehr practische Ausnahme enthält c. 1 §. 2 in VI. de foro comp. (2, 2). Vgl. §. 8 N. 57 und überhaupt Planck S. 316, 317. — Das forum der prov. ex l. Diffamari und ex l. Si contendat ist den vorstehenden Fällen nicht beizuzählen. S. darüber §. 13 Note 37, 58.

68) Sartorius: Die Lehre von der Widerklage, Erl. 1838. Planck a. a. O. §. 11, 44. C. Ulrichs: Fori reconventionis orig. et doctrina, Goett. 1846. Savigny: System VI. S. 330—345. Fuchs im Arch. für civil. Pr. LIII. S. 154. Zur Geschichte des Gerichtsstandes vgl. auch Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. S. 464, Francke: Exegetisch-dogmat. Commentar über den Pandektentit. de heredit. pet. Gött. 1864 S. 15, Goldschmidt: Abhandl. S. 20, Stobbe a. a. O. I. S. 447, Simon l. c. p. 37, Sohm a. a. O. I. S. 327.

69) Dem älteren Recht war dieser Gerichtsstand unbekannt [über l. 22 D. de jud. (5, 1), l. 14 D. de jurisd. (2, 1), l. 33 §. 3 sequ. D. de proc. (3, 3), l. 5 (rest.) C. de fruct. et lit. exp. (7, 51) vgl. Sartorius a. a. O. S. 23 und bes. Planck §. 11 —, a. M. wegen l. 22 D. de jud. und l. 1 §. 15 D. de extraord. cog. (50, 13) Savigny VI. S. 331 e.]. Er ist eingeführt für Widerklagen ex eadem causa [a. M. Sartorius S. 323 fg.] durch l. 14 C. de sent. et interloc. (7, 45) [s. über diese Stelle Planck S. 84 fg., Savigny VI. S. 338 fg.], dann auf nicht connexe Widerklagen durch nov. 96 c. 2 ausgedehnt [a. M. Francke a. a. O. S. 16 fg.], und in diesem Umfang vom C. R. und den Reichsgesetzen anerkannt worden. Vgl. c. 1 C. 3 qu. 8, c. 6 X. de arb. (1, 43), c. 1 X. de mut. pet. (2, 4), c. 3 in VI. de rescr. (1, 3), K. G. O. von 1555 III. 30, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 33, J. R. A. §. 46. — Auch dem fränkischen Recht ist dieser Gerichtsstand und zwar, wie Sohm a. a. O. zeigt, als außerordentlicher allgemeiner bekannt — cap. Hlud. II. pro lege pos. a. 855 c. 2 —. Diese Eigenschaft scheint er im späteren Mittelalter beibehalten und erst in Folge der Reception abgelegt zu haben — sächs. Ldr. III. 79 §. 3, I. 60 §. 2, 3 und die Stellen bei Simon l. c. — Nach sächs. Ldr. III. 12 kommt die Wiederklage erst nach Entscheidung der Klage zur Verhandlung. Anders nach Const. August's von 1572 I. 7.

70) Die nov. 96 c. 2 sagt „mox a principio" [vgl. auch c. 2 Clem. de

eines anhängigen Processes[71] bei dem für diesen competenten Gericht vom Verklagten gegen den Kläger erhoben wird. Man nennt eine solche Klage reconventio,[72] Widerklage, und wenn ihre Anstellung nicht gleichzeitig mit der Einlassung erfolgt, auch wohl speciell Nachklage. Es hat also dieser Gerichtsstand seine Grundlage in der Anhängigkeit der voraufgegangenen Klage, der Klage schlechthin, und in Beziehung auf die hier in Betracht kommende, dem Verklagten günstige Wirkung wird die Anhängigkeit nicht schon mit der Ladung, sondern erst mit der Einlassung angenommen.[73] Jedoch reicht die bloß eventuelle Einlassung aus, wenn demnächst die Widerklage pendent wird, weil deren Anhängigkeit durch die nachfolgende Abweisung der Klage so wenig wieder aufgehoben werden kann, wie durch das Fallenlassen derselben, vorausgesetzt nur, daß der Grund der Abweisung nicht im Mangel der Competenz liegt. Von den Beschränkungen, welchen die Widerklage aus Rücksicht auf die objective Competenz unterworfen ist, wird in §. 42 init. die Rede sein. Daß sie der a. spolii gegenüber nicht Statt findet, beruht auf positiver Bestimmung,[74] und von selbst versteht sich, daß sie weder von einem accessorischen Intervenienten, noch gegen einen solchen angestellt werden kann.[75] Dagegen ist dieser Gerichtsstand durch den materiellen Zusammenhang der Widerklage mit der Klage nicht bedingt;[76] eben so wenig durch die Gleichheit der Proceßart,[77] und sollte ein Litis Consortium eingeleitet worden sein, so kommt er für jeden der mehreren Verklagten und gegen jeden der mehreren Kläger zur Anwendung.[78] Die Bestimmung der nov. 96 c. 2 aber, daß der

---

V. S. (5, 11)]. Nach der L. C. wird die Widerklage erst von der ital. Doctrin mit Beziehung auf c. 3 in VI. de rescr. (1, 3) — vgl. Planck S. 352 — und demnächst auch von den Reichsgesetzen zugelassen. Vgl. R. G. O. von 1507 I. 18, von 1555 III. 30, Conc. der R. G. O. von 1613 III. 33.

71) Während der Appellation jedoch nicht in der höheren Instanz, wennschon in der unteren.

72) Dieser Ausdruck findet sich zwar in l. 5 (rest.) C. de fruct. et lit. exp. (7, 51) als Uebersetzung von ἀντεναγωγή, aber in keiner ächt römischen Stelle, sondern erst im C. R.

73) S. §. 14 Note 91.

74) C. 4 X. de ord. cogn. (2, 10).

75) Vgl. Heffter: System §. 144 Note 252.

76) S. Note 69.

77) Wie der simultaneus processus. Vgl. §. 63 Note 4.

78) Hiermit ist auch Martin in Martin's und Walch's Magazin I. S. 204 einverstanden, welcher der von einem oder gegen einen von mehreren Litis Consorten erhobenen Widerklage nur die Zulassung zu denselben Acten versagt. S. auch Sartorius a. a. O. S. 194.

Verklagte durante lite gegen den Kläger keine Klage außer in foro reconventionis solle anstellen können,[79] ist in die deutsche Praxis nicht übergegangen.[80]

Dies sind die speciellen Competenzgründe. Einen derselben nun, den Gerichtsstand des Erfüllungsorts, macht das R. R. noch besonders davon abhängig, daß der Verklagte zur Zeit der Klagestellung sich im Sprengel des angerufenen Gerichts aufhält, oder daselbst Vermögen besitzt.[81] Dieses Erforderniß steht mit der Begründung der Competenz in keinem Zusammenhang, es beruht auf dem Mangel einer allgemeinen Verpflichtung zum subsidium juris, und hätte daher im neueren, mit einem vollkommneren Requisitionsverfahren ausgestatteten Processe billig aufgegeben werden sollen. Allein es ist im C. R. von Neuem anerkannt,[82] und demnächst in der deutschen Praxis mit großer Zähigkeit festgehalten worden.[83] Consequent aber würde dann auch seine Ausdehnung auf das forum delicti commissi sein,[84] während das Verhältniß der übrigen speciellen Competenzgründe allerdings ein anderes ist.[85]

---

79) Vgl. auch c. 3 in VI. de rescr. (1, 3).

80) Goldschmidt a. a. O. S. 23, 29, Schmid: Handbuch I. §. 50 Note 25, Bayer: Vorträge §. 70 a. E.

81) L. 19 pr. §. 1 D. de jud. (5, 1), l. 1 D. de eo, quod certo loco (13, 4). Vgl. auch l. 1—3 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5).

82) C. 1 §. 3 in VI. de foro comp. (2, 2). Der Sinn dieser Stelle ist jedoch keineswegs unbestritten — vgl. Glück: Commentar VI. S. 304 Note 38 —, und Manche, unter den Neueren namentlich Linde im Arch. für civil. Pr. VII. S. 66 fg., Bayer: Vorträge S. 201, Schmid: Handbuch I. S. 102 benutzen jene Stelle gerade für die gegentheilige Meinung. S. auch Heffter: System §. 164, Albrecht: Progr. über das Motiv des forum contr. S. 32.

83) Vgl. die von Glück a. a. O. und S. 306 Note 39 Citirten und neuerdings Savigny: System VIII. S. 244, 245. Ueber die neuere gerichtliche Praxis s. Canngiesser: Decis. Cass. III. 6, Strippelmann: Neue Sammlung V. 249—259, und die Entsch. der O. A. G. zu Cassel, Kiel, Lübeck, Stuttgart, Darmstadt und Wiesbaden bei Seuffert: Archiv II. 323, IV. 255, V. 63, 228, VIII. 86, 293, XII. 196, XIII. 281, XXIV. 83, während die entgegenstehende Ansicht befolgt ist in den Entsch. der O. A. G. zu Celle, Jena, Oldenburg und Berlin bei Seuffert V. 229, VIII. 86, 165, XVI. 250, XVII. 286, XXIX. 75, so wie des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen III. 3, IV. 3. Für Frankfurt a. M. s. Entsch. des R. O. H. G. XVI. 65.

84) Strippelmann a. a. O. V. S. 256 fg., wo auch (S. 258 Note 3) die gleiche Annahme bei älteren Juristen nachgewiesen wird. Anders die Erk. des O. A. G. zu Lübeck und des O. Tr. zu Stuttgart bei Seuffert XXIV. 84, XIX. 74.

85) Wenigstens bei dem forum rei sitae und dem forum arresti ist ein Vermögensstück oder die Person des Verklagten selbst im Gerichtsbezirk gegenwärtig, und zur Sicherung des forum reconventionis kann der Widerkläger die c. pro reconventione fordern.

Von der Concurrenz und Collision mehrerer Competenzgründe.*

§. 42.

Allgemeine und specielle Competenzgründe haben bloß für die geographisch begrenzten Gerichte Bedeutung, und sie bestimmen die Competenz entweder nur unter mehreren ordentlichen oder nur unter mehreren gleichartigen Ausnahmsgerichten. Insbesondere vermögen die speciellen Competenzgründe einen Uebergriff aus dem einen Kreise in den anderen nicht zu rechtfertigen; das forum contractus z. B. haben Schriftsässige vor einem Obergericht, Handelssachen vor einem Handelsgericht. Jedoch ist diese Regel nicht ohne Ausnahmen. Wo das forum rei sitae in Anwendung auf Grundstücke ausschließlich ist (§. 41 Note 49), absorbirt es gleich einem forum causa privilegiatum alle dem Verklagten mit Rücksicht auf seine Person oder seine persönlichen Verhältnisse etwa zustehenden Privilegien.[1] Den Gerichtsstand der materiellen Connexität hat die abhängige Sache bei den Gerichten jeglicher Art, sogar bei den sachlich bestimmten Ausnahmsgerichten. Und dem forum reconventionis können sich wenigstens diejenigen Personen nicht entziehen, deren privilegirter Gerichtsstand nicht sowohl auf einem öffentlichen Interesse beruht, wie der der Soldaten, der academischen Bürger,[2]

---

*) Reinharth: Diss. de duarum vel plurium jurisdictionum in una eademque causa conflictu, Erford. 1732, Jen. 1748. Pütter: Diss. de praeventione, atque inde nata praescriptione fori tum generatim tum in specie quod ad aug. Imperii tribunalia attinet, cum praef. J. G. Estoris, Marb. 1744 (auch in Pütter: Opusc. rem. jud. Imp. ill. unter II. abgedruckt). Linde im Arch. für civil. Praxis XXVI. 3. Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten §. 38, 39.

1) Vgl. Kreittmayr: Anmerkungen I. 9, 12 c., Trotsche: Der mecklenb. C. Pr. I. §. 33 N. 20—22, Francke: Der gem. deutsche u. schl.-holst. C. Pr. I. 55, Kopp: Ausf. Nachrichten II. §. 12 (wonach jedoch das spätere Recht die Schriftsässigen in Streitigkeiten über Güter, die keine Ritter- oder Prälatengüter, nicht an die Untergerichte folgen läßt, während die Reformation von 1524 Tit. von Citation genau den obigen Satz vorgetragen hatte).

2) Die heut zu Tage gangbare Ansicht geht dahin, daß das forum reconventionis auch in diesen Fällen Statt habe. Vgl. Glück: Commentar III. S. 266, VI. S. 403, Lauk im Arch. für civil Pr. XII. S. 76, Sartorius: Die Lehre von der Widerklage §. 29, 30. Allein die Quellen sprechen sich über die Frage nicht aus, und die im Text dargelegte Bedeutung der subjectiven Competenzgründe ist für das Gegentheil entscheidend. Früherhin war dies in der That die Ansicht vieler Juristen. Vgl. die Nachweisungen bei Glück III. S. 266 Note 18—20. Ueber das ältere deutsche Recht s. Simon l. c. S. 39 fg., welcher nachweist, daß ein einheitlicher Standpunct desselben nicht zu behaupten ist.

als auf einer persönlichen Bevorzugung, wie der der Schriftsässigen.[3]

Da nun, wo ein specieller Gerichtsstand begründet ist, schließt er, abgesehen von der Ausnahme, welche der Gerichtsstand der Zwangsbefugniß und particularrechtlich der der gelegenen Sache in Anwendung auf Grundstücke macht,[4] den allgemeinen nicht aus. Beide concurriren mit einander, d. h. dem Kläger steht zwischen beiden die Wahl zu. Ein Gleiches findet Statt, wenn der Verklagte mehrere Domicile hat, oder dem einen Gericht durch sein Domicil, einem anderen durch den Besitz eines den vollen Landsassiat begründenden Grundstücks untergeordnet ist. Das Wahlrecht des Klägers aber wird unwiderruflich weder durch die Anstellung, noch durch die Insinuation der Klage ausgeübt; entscheidend ist vielmehr der Moment der Litis Contestation, weil der Verklagte nur auf Grund seiner Einlassung fordern kann, daß der begonnene Proceß auch zu Ende geführt werde.[5]

Nicht wesentlich anders beurtheilt sich die Collision mehrerer Gerichtsstände. In den judicia duplicia erscheint jede Partei als Kläger und als Verklagter, und eine jede kann daher klagend auftreten.[6] Eben so, wenn der eine Theil einen Status (z. B. die Freiheit[7] oder persönliche Selbständigkeit[8]) behauptet, welchen der andere bestreitet, oder der eine die Freiheit seines Eigenthums von einem angemaßten Servitutrecht, der andere dieses Servitutrecht beansprucht.[9] Ist nun in diesen Fällen der Gerichts-

---

3) Dies kann deshalb zugegeben werden, weil das Gericht der Schriftsässigen sich von den ordentlichen Gerichten nur dadurch unterscheidet, daß es diesen gegenüber ein höheres ist.

4) Nach den in §. 41 Note 49, 52 gegebenen Nachweisungen.

5) Ganz unhaltbar ist die Ansicht Schmid's: Handbuch I. §. 57 und der das. in Note 5 Citirten, daß schon die Klage, sowie die Ansicht Gensler's: Commentar §. 59, daß erst das Urtheil, und die Planck's: Die Lehre vom Beweisurtheil, daß erst das Beweisurtheil den Rücktritt von der getroffenen Wahl ausschließe. Ohne Princip, wennschon nicht ohne gesetzlichen Anhaltspunct (nov. 112 c. 3) ist auch die gewöhnliche Meinung, daß die Mittheilung der Klage entscheidend sei. So Linde a. a. O. (Note *) S. 38, 39, Bayer a. a. O. S. 240 und früher Planck a. a. O. (Note *) S. 291 fg., S. 300. Vgl. dagegen §. 14 Note 91 dieses Systems.

6) S. darüber §. 5 Note 6.

7) L. 39 §. 5 D. de proc (3, 3): „Si status controversiam cui faciat procurator, sive ex servitute in libertatem adversus eum quis litiget, sive ipse ex libertate in servitutem petat, debet cavere ratam rem dominum habiturum; et ita edicto scriptum est, ut ex utroque latere quasi actor habeatur."

8) Der s. g. actio de patria potestate affirmativa stellt die Praxis eine a. de patria potestate negativa entgegen. Vgl. Puchta: Pandekten §. 121 b., 432 h.

9) L. 8 pr. („actio contraria dabitur"), §. 5 („Ergo per con-

stand der Parteien ein verschiedener, so sind für eine und dieselbe Sache mehrere Gerichte competent, welche mit einander collidiren, da jedes auf Antrag einer anderen Person die streitige Sache an sich ziehen kann. Für den Vorzug des einen vor dem anderen aber ist eben so wie im Falle der Concurrenz die Litispendenz entscheidend, wennschon mit dem Unterschiede, daß es allein auf die Mittheilung der Klage ankommt.[10] Denn derjenige Theil, dessen Klage zuerst dem anderen insinuirt wird, erwirbt dadurch das Recht, daß die Sache von dem seinerseits angerufenen Richter entschieden werde, ein Recht, welches ihm durch die verzögerte Einlassung des anderen Theils nicht vereitelt werden darf. Er ist mithin befugt, der demnächst ihm mitgetheilten Klage dieses Anderen die exc. litis pendentis entgegenzusetzen.[11] Wenn aber zufällig die Klagen beider an demselben Tage insinuirt werden, so muß über den Vorzug das Loos entscheiden.[12]

Vom Inhalt der Gerichtsbarkeit.*

§. 43.

In der landesherrlichen Gerichtsbarkeit, wie sie von den Gerichten ausgeübt wird, unterschieden wir zunächst zwei Bestandtheile, die Criminal- und die Civiljurisdiction.[1] Jedoch bleibt jene, potestas gladii[2] oder merum impe-

---

trarium agi poterit") D. si serv. vind. (8, 5). Vgl. Savigny: System VI. S. 349. Anders verhält es sich mit den contrariae actiones aus den b. f. negotia.

10) An einer gesetzlichen Entscheidung fehlt es, denn l. 13 D. de jud. (5, 1) („— eum videri actorem, qui ad judicium provocasset"), l. 29 D. eod., l. 2 §. 1 D. comm. div. (10, 3) beziehen sich auf die Vertheilung der Parteirollen, und unterstellen offenbar die Competenz eines einzigen Gerichts. Nichts desto weniger beruft sich Schmid: Handbuch I. §. 57 auf diese Stellen, um aus denselben zugleich den Vorzug desjenigen von mehreren Gerichten abzuleiten, bei welchem zuerst geklagt worden. Die richtige Ansicht hat Planck a. a. O. S. 297, der auch die namentlich von Pütter l. c. §. 2 vertheidigte Meinung widerlegt, daß das Gericht durch die Citation des Verklagten wie durch Occupation (Melior est conditio occupantis) die Competenz für sich begründe (s. g. Prävention).

11) Vgl. §. 14 Note 90.

12) Arg. l. 14 D. de jud. (5, 1).

*) Bethmann-Hollweg: Der röm. C. P. Puchta: Cursus der Institutionen II. §. 150, 151. Keller: Der römische C. Pr. §. 1, 2.

1) L. 3 D. de jurisd. (2, 1), l. 1 §. 1, l. 5 §. 1 D. de off. ejus, cui mand. (1, 21).

2) L. 6 pr. D. de off. Procons. (1, 16), l. 6 §. 8 D. de off. Praes. (1, 18), l. 70 D. de R. J. (50, 17). Nach l. 3 D. de jurisd. (2, 1) ist potestas schlechthin gleichbedeutend mit potestas gladii.

rium[3] genannt, vorliegend außer Frage, und diese zerfällt wieder in die freiwillige (voluntaria) und die streitige Jurisdiction (contentiosa).[4]

Unter der freiwilligen Civiljurisdiction verstehen wir die Befugniß der Gerichte, bei der Begründung neuer Rechtsverhältnisse mitzuwirken. Sie ging im älteren R. R. aus der streitigen hervor, und beruhte auf der künstlichen Benutzung von Proceßhandlungen (namentlich der confessio in iure) zur Uebertragung unstreitiger Rechte, wie dies bei der in jure cessio, manumissio, emancipatio, datio in adoptionem der Fall war, weshalb man von einem Magistrat, dem diese Art der Thätigkeit zukam, sagte: „apud eum est legis actio."[5] Später wurden mehr willkührlich bald einzelnen Gerichtsbeamten, bald allen durch Gesetze, S.Cta und kaiserliche Constitutionen noch andere auf dasselbe Ziel hinauslaufende Befugniße eingeräumt,[6] z. B. die Bestellung und Entlassung von Vormündern, die Zustimmung zur Veräußerung von pupillarischem Vermögen und von Grundstücken Minderjähriger, die Confirmation von Vergleichen über legirte Alimente, die Protocollirung der Insinuation von großen Schenkungen, die Beglaubigung von Privatgeschäften (Verpfändungen, Bürgschaften, Testamenten u. s. w.) durch Aufnahme öffentlicher Instrumente, und vieles Andere.[7] Und als nun das R. R. in Deutschland recipirt wurde, gingen alle jene Geschäfte und zwar ungetrennt auf die deutschen Gerichte über, welche ähnliche Functionen bereits nach alter Gewohnheit besaßen,[8] und weitere durch die nachfolgende Reichs-[9] und Particulargesetzgebung erhielten.

3) S. die Stellen in Note 1.

4) L. 2 pr. D. de off. Procons. (1, 16).

5) L. 4 D. de adopt. (1, 7), l. 2, 3 D. de off. Proc. (1, 16), l. 1 D. de off. jurisd. (1, 20), Pauli R. S. II. 25 §. 4, l. 1 C. de adopt. (8, 42). Ueber die in diesen Stellen vorkommenden Ausdrücke „apud eum est l. a.", „l. a. ei data est", „habet l. a." vgl. Puchta a. a. O. §. 151 Note d, Karlowa: Der röm. C. P. zur Zeit der Legisactionen, Berl. 1872, S. 3 fg.

6) Diese Befugnisse lagen zwar in dem officium jus dicentis — l. 1 D. de jurisd. (2, 1) —, aber nicht an sich, „jure magistratus" — l. 1 pr. D. de off. ejus, cui mand. (1, 21) —, sondern nur zufolge besonderer Verleihung, weshalb l. 6 §. 2 D. de tutel. (26, 1) von der tutoris datio sagt, „neque imperii est, neque jurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatus consultum, vel princeps". Sie konnten deshalb auch nicht, wie die jure magistratus zustehenden Befugnisse mandirt werden, nach l. 1 pr., l. 2 D. de off. ejus, cui mand. (1,21), l. 8 §. 18 D. de transact. (2,15).

7) Vgl. Puchta: Cursus der Inst. I. §. 92 g—k.

8) Z. B. rücksichtlich des Erwerbs von Grundstücken.

9) Z. B. durch die R. P. O. von 1577 tit. 32.

Die Darstellung des Civilprocesses sieht aber von der jurisdictio voluntaria gleichfalls ab, und wendet sich allein der jurisdictio contentiosa zu.

Die streitige Gerichtsbarkeit nun, welche es mit der Herstellung verletzter Privatrechte zu thun hat, und somit streitende Parteien, einen Kläger und Verklagten, voraussetzt, wird nach den ins justinianische Rechtsbuch übergegangenen Vorstellungen der classischen Zeit aus der Amtsgewalt, dem imperium der römischen Magistrate, abgeleitet,[10] und schlechthin jurisdictio,[11] oder officium jus dicentis genannt.[12] Sie enthält nicht bloß die Befugniß, streitige Rechte durch richterlichen Spruch zur Anerkennung zu bringen, das judicare und judicari jubere,[13] d. i. die jurisdictio im engeren Sinne,[14] sondern in Verbindung damit auch die Macht, zwingend in die Rechtsverhältnisse einzugreifen, das imperium im engeren Sinne,[15] wegen jener Verbindung imperium mixtum genannt.[16] Die römischen Juristen führen auf letzteres vorzugsweise solche Handlungen zurück, welche von der jurisdictio im engeren Sinne unabhängig sind („magis imperii quam jurisdictionis sunt"), und selbständige, der aequitas dienende Zwecke verfolgen, wie die in integrum restitutio, die Auflegung prätorischer Cautionen, die missio in possessionem, die Ertheilung der

10) L. 3 D. de jurisd. (2, 1): — „imperium, cui jurisdictio inest" —.

11) In diesem Sinne wird in l. 1 D. de off. ejus, cui mand. (1, 21) die jurisdictio dem imperium merum entgegengesetzt, und in zahlreichen Stellen von „mandare jurisdictionem" gesprochen. Vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. P. II. S. 91 fg.

12) L. 1 D. de jurisd. (2, 1), l. 1 §. 4 D. de susp. tut. (26, 10), jedoch wird dieser Begriff auch wohl in einem weiteren Sinne genommen, weil er auch die dem Magistrat etwa zustehenden Befugnisse der freiwilligen Jurisdiction umfaßt, welche nicht „jure magistratus competit". Vgl. Note 6.

13) L. 3 in f. D. de jurisd. (2, 1) [— „Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia"], l. 13 D. eod. Vgl. auch Varro de L. L. VI. 30 (ed. Müller) [— „nefasti, per quos nefas fari praetorem: do, dico, addico, itaque non potest agi, necesse enim aliquo eorum uti verbo, cum lege quid peragitur"], Ovid. Fast. I. 47, 48, Macrob. Saturn. I. 16.

14) Diese stand für sich allein in späterer Zeit den Municipalmagistraten zu. Vgl. l. 26 D. ad municip. (50, 1), l. 32 D. de injur. (47, 10), Pauli R. S. V. 5a §. 1, und über die ältere Auffassung lex Gall. cisalp. (lex Rubr.) c. 20 in f., tab. Heracl. (lex Julia municipalis) P. II. lin. 10.

15) L. 1 §. 1 D. de off. ejus, cui mand. (1, 21) [— „imperium, quod jurisdictioni cohaeret"], l. 5 §. 1 D. eod. [— „mandata jurisdictione etiam imperium videtur mandari"], l. 4 D. de jurisd. (2, 1) [— „imperii magis est, quam jurisdictionis"], l. 26 pr. D. ad municip. (50, 1). Vgl. auch l. 6 §. 2 D. de tutel. (26, 1) [„Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis"].

16) L. 3 D. de jurisd. (2, 1) [— „mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest"].

bonorum possessio.[17] Jedoch darf dies nicht so verstanden werden, als ob sie die zur Bestrafung des Ungehorsams und zur Execution von Urtheilen erforderliche Gewalt aus dem imperium nicht ableiteten,[18] auf welchem doch die jurisdictio selbst beruht. Vielmehr haben sie dabei den Unterschied von magistratus majores und minores, so wie den Umstand vor Augen, daß die magistratus minores nicht mit der öffentlichen Gewalt im Ganzen, dem imperium, sondern mit bestimmten Functionen beliehen sind, und daß deshalb auch die ihnen übertragene Jurisdiction nur dasjenige Maaß von Zwangsrecht enthält, ohne welches dieselbe gar nicht durchführbar sein würde.[19]

Jedenfalls also liegt in der „richterlichen Gewalt" ein Gegensatz, der sich in ihrer Ausübung als ein Gegensatz von Wille und That, von entscheidender und ausführender Thätigkeit, von Cognition und Zwang darstellt. Und da die Fälle des mixtum imperium, in welchen das R. R. das unmittelbare Eingreifen des Magistrats als das Characteristische ansieht (in integrum restitutio u. s. w.) heut zu Tage den gewöhnlichen Formen des Proceßganges unterworfen sind, so läßt sich das regelmäßige Verhältniß jener Thätigkeiten zu einander dahin bestimmen, daß was die eine anordnet, die andere durchzusetzen hat, die eine also für die andere maaßgebend ist.

Bevor jedoch die richterliche Thätigkeit in Civilsachen genauer bestimmt wird, ist als allgemeiner Grundsatz hervorzuheben, daß sie unbedingt an das bestehende einheimische Proceßrecht gebunden ist.[20] Da dieses dem jus publicum, dem absoluten Recht, angehört, so kann seine Anwendung selbst durch die Uebereinkunft der Parteien der Regel nach nicht ausgeschlossen werden,[21] außer wo es sich, wie bei den Bestimmungen über die Beeidigung der Zeugen, über die Cautionspflicht, die zeitlichen Schranken für den Gebrauch

17) Vgl. außer l. 3 D. cit. l. 1, 4 D. eod., l. 26 §. 1 D. ad municip. (50, 1).

18) L. 5 §. 1 D. de off. ejus, cui mand. (1, 21).

19) L. 2 D. de jurisd. (2, 1): „Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit." Dahin gehört z. B. Execution durch pignoris capio nach l. 29 §. 7 D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 3 §. 1 D. de reb. eor. (27, 9).

20) L. 4 C. de sent. et interloc. (7, 45): „Prolatam a Praeside sententiam contra solitum judiciorum ordinem auctoritatem rei judicatae non obtinere."

21) Nach der Regel: „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest". Vgl. l. 38 D. de pactis (2, 14), l. 45 §. 1 D. de R. J. (50, 17).

von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, um Proceßnormen handelt, für welche das privatrechtliche Interesse der Parteien die allein maaßgebende Grundlage bildet.[22] Auch kommt der Richter zwar in die Lage, das Recht eines fremden Landes anzuwenden, wenn es sich um Verhältnisse des materiellen Rechts handelt, niemals aber, selbst nicht im Falle der Requisition, wenn von der gerichtlichen Rechtsverfolgung die Rede ist.[23] Hierin ist die Grenzscheidung oft sehr schwierig, und darum stets auf die wahre Natur und Bestimmung der einzelnen Institute zu achten. Klagt z. B. eine Partei aus dem in einem fremden Lande gefällten Urtheil, so gehört die Frage, ob dasselbe rechtskräftig geworden, die actio judicati also entstanden sei, dem materiellen Recht an, obschon darüber Proceßregeln entscheiden. Eben so ist die legitima persona standi in judicio ein Ausfluß der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit und deshalb nach materiellem Recht zu beurtheilen, wogegen die nahe verwandten Bestimmungen über das Postuliren in das Proceßrecht einschlagen.[24]

Von noch größerer practischer Bedeutung aber sind zwei andere Regeln, welche der gemeine deutsche Proceß aus der Beziehung der richterlichen Thätigkeit zu der Parteienthätigkeit entwickelt hat, das **Verhandlungsprincip** und der **Grundsatz des gegenseitigen Gehörs**.

1. Wie sich bei früherer Gelegenheit (§. 13) gezeigt hat, ist sowohl die Einleitung des Processes, die litis contestatio, als die Darlegung und der Beweis derjenigen Thatsachen, durch welche die in der L. C. enthaltenen gegenseitigen Sachbitten begründet werden, der freien Entschließung der Parteien überlassen. Das **Verhandlungsprincip** ist die Kehrseite dieser Regel.[25] Von

---

22) L. 5 §. 6 C. de temp. et reparat. (7, 63), l. 3 §. 4 C. de privil. schol. (12, 30), c. 39 X. de test. et attest. (2, 20), c. 2 in VI. de V. S. (5, 11), c. 4 Clem. de appell. (2,12). Die aus der italienischen in unsere Doctrin übergegangene Unterscheidung der substantialia s. naturalia und accidentalia processus ist zur Lösung obiger Frage unbrauchbar. Vgl. Maranta: Prax. aur. II. nr. 38 sequ., und unter den Neueren Gönner: Handbuch II. 30, Martin: Lehrbuch §. 139 a., Gensler: Handbuch Abh. 2. Einen eigentlichen „Conventional-Proceß", welchen ältere Schriftsteller behaupten, gibt es nicht. Principiell schief ist die Darstellung von Heidenfeld: Die Dispositionsbefugniß der Parteien im Civilproceß, Berlin 1868.

23) Vgl. Mittermaier im Arch. für civ. Pr. XIII. 16, Savigny: System VIII. S. 131, und jetzt Menger: System des österreichischen C. Pr. Rechts, Wien 1876, I. S. 128—187, Deutsches Rechtshülfegesetz §. 7, 37.

24) Vgl. §. 12 Note 35.

25) Vgl. über dasselbe im Allg. Gönner: Handbuch I. 8, W. H. Puchta:

den Parteianträgen und deren Begründung hängt es ab, daß und wie der Richter thätig wird, oder negativ ausgedrückt, in Civilsachen handelt der Richter nicht ex officio. Es ist dieser Grundsatz die nothwendige Folge der Eigenartigkeit der Civilsache, welche als ein dem öffentlichen fremdes, privatrechtliches Interesse den Ausschluß des Officialverfahrens fordert.[25a] Dem römischen Recht nicht fremd,[26] im altdeutschen scharf ausgeprägt,[26a] ist das Verhandlungsprincip unter dem Einfluß der italienischen Doctrin in den folgenden Anwendungen ein wesentliches Element der heutigen Proceßtheorie geworden.[27]

a. Ne procedat judex ex officio.[28] Diese Regel be-

Ueber die Grenzen des Richteramts, Nürnb. 1819, Lotz: Civil. Abhandl. Nr. 1, Sintenis: Erläuterungen Heft 2, 3, Menger a. a. O. S. 248—306. Gegen Wieding's: Der just. Libellpr. S. 706 fg. unzutreffende Auffassung des Verhandlungsprincips s. Muther: Krit. Vierteljahrsschr. IX. S. 340 fg. Ein Zerrbild des gemeinen Processes gibt Zink: Die Ermittelung des Sachverhalts I. S. 354 fg.

25a) Vgl. auch Wach: Krit. Viertelj. XIV. S. 330 fg.

26) Z. B. l. 68 D. de jud. (5, 1) [„ut primo quis petat"], l. 4 §. 8 D. de damno inf. (39, 2) [„si postulatum est"], nov. 112 c. 3 [„reo postulante"]. Vgl. auch Gellius: N. A. XIV. 2. Die Ausführungen Wieding's S. 708 fg. dienen günstigsten Falls zum Beleg dafür, daß vermöge des unmittelbaren Verkehrs des Magistrats und judex mit den Parteien, sowie der im Allgemeinen freieren Stellung der ersteren die Verhandlungsmaxime im römischen Proceß weniger streng als im gemeinen Proceß ausgebildet worden ist. Aber auch dort entscheidet der Parteiwille über den Beginn und die Fortführung des Streits, über den Streitstoff und die auf ihn gegründeten petita.

26a) Dies ergibt sich aufs Unzweideutigste aus dem Richtsteig sowohl Landrechts als Lehnrechts und aus anderen Anweisungen zum Verfahren. Vgl. die kurze Darstellung des altdeutschen Verfahrens bei Planck: Die Lehre von dem Beweisurtheil S. 28 fg.

27) Den Namen „Verhandlungsprincip" hat Gönner a. a. O. I. 8 zuerst gebraucht, im Gegensatz gegen die in der Allg. Gerichtsordnung für die preuß. Staaten vom 6. Juli 1793 durchgeführte Untersuchungsmaxime, nach welcher auf Grund der erhobenen Klage der Richter das streitige Recht ex officio feststellen soll, einen Grundsatz, der nicht nur im Princip verfehlt ist, sondern auch in der Ausführung zu argen Inconvenienzen führt. Vgl. Mittermaier: Der gem. deutsche Pr. I. S. 42 fg., Gärtner: Critik des Untersuchungspr. des preuß. C. Pr., Berlin 1832, Sonnenschmidt: Einige Bemerk. über das C. Pr. Verfahren in Neu-Vorpommern, Greifsw. 1839.

28) Vgl. Bartolus ad l. 4 §. 8 D. de damno inf. nr. 2, Baldus ad l. un. C. ut quae desunt nr. 1, Lanfr. de Oriano: Practica judic. tit. de citat. nr. 5, Jo. Petrus de Ferrariis: Prax. aur. tit. 10 gl. 3, Alex. Tartagnus: Cons. I. 121, — Blarer: Tr. super l. Diffamari c. 8 nr. 19 in f., Gaill: Obs. I. 55 nr. 6 („Quo pertinet, quod judex officium suum impertiri non debet, nisi petitum sit, praesertim si de facto, non de jure controvertatur"), 50 nr. 3—6, Carpzov: Defin. I. 9 d. 15, Brunnemann: Proc. civil. c. 4 nr. 7, Mevius: Decis. VI. 61, J. H. Boehmer: J. E. P. I. 32 §. 10, 11 (wo sich zahlreiche Literaturnachweisungen für die einzelnen gerichtlichen Vorgänge finden), Gönner: a. a. O. I. 8 §. 4, Almendingen: Metaphysik des C. Pr. I. S. 14, und alle Neuere. Eine bedenkliche Abweichung findet sich bei Leyser: Medit. II. 120 m. 2.

zieht sich auf die Proceßleitung, d. h. auf diejenigen richterlichen Verfügungen, durch welche die Thätigkeit der Parteien in Ordnung gehalten und geregelt wird. Sie drückt aus, daß der Richter, um in dieser Art vorzuschreiten, eines äußeren, von einer der Parteien ausgehenden Impulses bedürfe, und findet ihre wichtigste Anwendung in der Rechtsparömie „Wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter".[29] Jedoch ist damit nicht gesagt, daß die proceßleitenden Verfügungen immer einen ausdrücklichen Antrag voraussetzten. Es sind zwei Arten derselben zu unterscheiden, solche, welche ungeeignete Parteihandlungen zurückweisen, und solche, welche geeigneten Parteihandlungen Folge geben. Jene werden stets unmittelbar durch die betreffende Handlung selbst veranlaßt, brauchen also nicht etwa erst von der Gegenpartei beantragt zu sein. Diese dürfen zwar nicht ohne ausdrücklichen Antrag erlassen werden, wenn sie außerhalb des ordentlichen Ganges des Verfahrens liegen, sind sonst aber überall als stillschweigend beantragt anzusehen. Keines ausdrücklichen Antrags also bedarf es, damit der Richter die begründete Klage dem Verklagten, die eine begründete Einrede enthaltende Exceptionalhandlung dem Kläger u. s. w. zur Vernehmlassung mittheile, damit er über geleugnete Thatsachen Beweis, über unvollkommen bewiesene den Ergänzungs- oder Reinigungseid auferlege, u. s. w. Nur in wenigen Fällen kommt die obige Regel nicht in Anwendung. Notorische Thatsachen müssen von den Parteien allerdings angeführt werden, um Berücksichtigung zu finden, ihre Kenntniß aber verschafft sich der Richter, wo er sie nicht schon hat, von Amts wegen,[30] und stehen daher fortdauernde und zugleich unmittelbar wahrnehmbare Thatsachen in Frage, so braucht er sich zur Beaugenscheinigung derselben nicht erst auffordern zu lassen.[31] In Processen über Familienverhältnisse und über Ehesachen insbesondere ist ihm ein officielles Vorschreiten gestattet, wenn durch die Collusion der Parteien das öffentliche Interesse gefährdet wird.[32] Bei Besitzstreitigkeiten darf er, wie bereits früher (in §. 30 S. 324) bemerkt worden ist, um Waffen-

---

29) Vgl. §. 14 Note 1. Irrthümlich zieht Menger a. a. O. S. 255 als Ausnahme die Provocationen hierher.

30) Vgl. §. 20 Note 44—46.

31) Vgl. §. 44 Note 5a.

32) Mevius: Decis. VI. 61, J. H. Boehmer l. c. I. 32 §. 18, 19, Gönner a. a. O. I. 19 §. 40, 41, Bayer: Vorträge §. 12 S. 34, Menger a. a. O. S. 252, 267.

gewalt abzuwenden, also gleichfalls im öffentlichen Interesse ex officio jede Besitzhandlung untersagen oder durch die Sequestration des Streitobjects unmöglich machen. Und so sind gelegentlich noch andere Abweichungen zu erwähnen.

b. Ne eat judex ultra petita partium.[33] Vor Allem darf hiernach der Richter dem Kläger nicht Mehr zuerkennen, als was die Klagbitte fordert,[34] ungebeten also auch keine Accessionen, Früchte, Zinsen und Proceßkosten.[35] Ferner nichts An-

33) C. 2 in Clem. de V. S. (5, 11) [„— quia juxta petitionis formam pronunciatio sequi debet"], l. 18 D. comm. div. (10, 3) [„— ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest"]. — Vgl. gl. Ut fundus] ad l. 18 D. cit., Bart. ad h. l., Bald. ad h. l. nr. 2.

34) Nicht entgegen §. 34 I. de act. (4, 6): „Si minus in intentione complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, — — sine periculo agit; in reliquum enim nihilo minus judex adversarium in eodem judicio condemnat — —" [vgl. auch l. 1 §. 3 (rest.), l. 2 §. 1 (rest.) C. de plus petit. (3, 10)]; denn aus der Vergleichung mit §. 35 I. eod. verb. „sed in eodem judicio cognita veritate errorem suum corrigere ei permittimus", ergibt sich, daß auch dort ein Antrag unterstellt wird.

35) In Beziehung auf diese accessorischen Leistungen nehmen die meisten älteren und neueren Juristen das Gegentheil an, wenigstens mit Rücksicht auf die clausula salutaris (s. Note 45). Vgl. Gaill: Obs. I. 151 nr. 21, Cocceji: Jus controv. VI. 1 qu. 15, J. H. Boehmer: J. E. P. I. 32 §. 57, Gönner: Handbuch I. 10 §. 31, Danz: Grundsätze §. 80 k., Glück: Commentar VIII. S. 300, Martin: Lehrbuch §. 90, Heffter: System §. 261, 277 a. E., Sintenis: Erläut. S. 620, Erk. des O. A. G. zu Cassel, des O. G. zu Wolfenbüttel bei Seuffert X. 296, XIX. 191. Allein die Stellen des R. R., auf welche man sich beruft, verstehen unter officium judicis die durch die formula bestimmten Befugnisse des „judex" (im Gegensatz zum Magistrat) und setzen einen Klagantrag voraus, der entweder so allgemein gefaßt war, daß er die Nebenleistungen in sich schloß, (quidquid d. f. oportet), oder der wie bei den dinglichen Klagen nach einer herkömmlichen Interpretation auf die causa rei mit bezogen wurde — l. 22 D. de V. S. (50, 16) [— „restituere est — possessorem facere fructusque reddere"], l. 23 D. eod. [„Rei appellatione et causae et jura continentur"], l. 17 §. 1 D. de R. V. (6, 1) vgl. mit l. 10 D. de usuris (22, 1), l. 25 §. 8 D. de aedil. ed. (21, 1), — einer Interpretation, welche in der heutigen Rechtsanschauung durchaus keinen Boden hat. Wenn man aber ferner auf die die selbständige Klagbarkeit ausschließende accessorische Natur jener Nebenforderungen Bezug nimmt, so beweist dies Argument nicht, was es beweisen soll, ganz abgesehen davon, daß seine Voraussetzung nicht ganz unbestritten ist (vgl. Carus: Die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen, Halle 1876, bes. S. 37 fg. und dazu Regelsberger in der krit. Vierteljahrsch. XIX. S. 304 fg.). Entscheidend ist, ob die omnis causa mit dem auf die Hauptsache gerichteten Petitum in judicium deducirt wird, und dies muß aus obigen Gründen geleugnet werden. Wegen der Proceßkosten könnte allenfalls Zweifel erregen l. 13 §. 6 C. de judic. (3, 1). Vgl. auch Dernburg: Abhandlungen aus dem Gebiet des gem. u. franz. Civ. u. Pr. R. I. 143 fg., Menger a. a. O. S. 301 Note 61. Mit dem Text stimmen überein Gensler: Handb., Abh. 6 §. 76, Schmid: Handb. I. §. 83 Note 5, Bayer: Vortr. §. 12 S. 34, Renaud: Lehrb. S. 199, Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert XII. 91.

deres,[36] wohl aber geeigneten Falls Weniger, namentlich statt des ganzen Klagobjects einen Theil, statt einer bestimmten Sache diese oder eine andere nach des Verklagten Wahl, statt der Leistung an einem bestimmten Orte die Leistung schlechthin.[37] Wiederum überschreitet der Richter seine Befugniß, wenn er auf Grund einer Einrede den Kläger verurtheilt;[38] denn nur die judicia duplicia haben das Besondere, daß der Verklagte ohne ausdrückliche Klagbitte als Kläger angesehen wird.[39] Dasselbe wiederholt sich rücksichtlich des Proceßganges; zur Einleitung einer außerordentlichen Proceßart, zur Bewilligung von Restitutionen, Fristerstreckungen u. s. w. ist ein besonderer Antrag erforderlich.

c. Quod non in actis, non est in mundo. Entkleidet man diesen Satz seiner Beziehung auf die Aufzeichnung oder schriftliche Form der Verhandlungen, so besagt er, daß der Richter, wie es schon die Glossatoren ausdrückten, secundum allegata et probata, nicht secundum conscientiam sprechen solle,[40] daß er bei Fällung des Urtheils nur das von den Parteien gelieferte Material, nicht seine eigne zufällige Kenntniß der Verhältnisse zu berücksichtigen habe.[41] Jedoch verwischt sich diese Begrenzung des richterlichen Amtes bei notorischen Thatsachen, deren Kenntniß der Richter haben oder sich selbst verschaffen muß, und nicht erst durch den Beweis der Parteien suppeditirt erhält.[41a] Und überall werden

36) Ueber §. 35 I. de act. (4, 6) vgl. die Note 34.

37) §. 33 I. de act. (4, 6), Dep. A. von 1600 §. 30, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 22 §. 11, und dazu Brackenhoeft: Erläuterungen S. 359 Note 14.

38) Savigny: System VI. S. 343 fg.

39) Vgl. §. 5 Note 6.

40) Vgl. c. 15 in f. X. de rest. spol. (2, 13), gl. Veritas] ad l. 6 §. 1 D. de off. Praes., Durantis: Spec. jud. II. 1 de citat. §. 4 nr. 14, II. 3 de sententia et de his, quae §. 5 nr. 1 (und dazu Biener: Beiträge S. 80), Bald. ad l. un. C. ut quae desunt. nr. 2, Maranta: Prax. aur. VI. Et demum fertur sententia nr. 60 sequ., — Joa. Urbach: Proc. jud. ed. Muther p. 237., Oldendorp: Actionum juris civ. loci comm., tit. an judex conscientiam suam aut probata sequi debeat (in Opp. ed. Basil. 1559 I. p. 280), Gaill: Obs. I. 54 nr. 7, 134 nr. 15, Mevius: Decis. VII. 155, J. H. Boehmer l. c. I. 32 §. 58, Gensler a. a. O. Abh. 3 §. h.

41) Daß der Richter Geständnisse und Behauptungen der einen Partei zu Gunsten der anderen benutzen darf, ohne daß sie von dieser ausdrücklich acceptirt worden sind, ist schon in §. 19 Note 8 hervorgehoben worden.

41a) Vgl. §. 20 zu Note 40. Eine Anwendung hiervon ist es auch, daß die der Ausschwörung des Würderungseides vorausgehende Feststellung eines Maximum dem richterlichen Ermessen überlassen ist. Vgl. §. 28 zu Note 8, und dazu die Erk. der O. A. G. zu Rostock und Berlin und des O. G. zu Wolfenbüttel bei Seuffert: Archiv XVI. 164, XXV. 283, XXIII. 86. a. E. Woraus wiederum die Praxis vielfach die subsidäre Befugniß des Richters zur

die Rechtssätze, welche bei der juristischen Beurtheilung in Betracht kommen, und die Art ihrer Anwendung als bekannt vorausgesetzt. Aus einer unrichtigen, oder ganz unterlassenen Berufung auf dieselben kann daher für die Parteien kein Nachtheil entspringen, es versteht sich von selbst, daß der Richter die in dieser Hinsicht hervortretenden Mängel der Parteivorträge ergänzt,[42] und z. B. einer irrigen Bezeichnung der gebrauchten Rechtsmittel die richtige, d. h. die der Bitte und den vorgetragenen Thatsachen entsprechende Bezeichnung substituirt.[43]

In diesen Sätzen also findet das Verhandlungsprincip seine genauere Bestimmung, und ihr richtiges Verständniß ergibt zugleich, daß der Abhängigkeit des Richters von den Parteivorträgen überall ein freieres Ermessen, das officium judicis (das richterliche Ergänzungsamt), zur Seite steht,[44] welches weit genug ist, um die richterliche Thätigkeit vor leerem Formalismus zu bewahren. Ueber den bezeichneten Umfang aber vermag sich dasselbe selbst dann nicht zu erweitern, wenn es von den Parteien besonders angerufen wird (s. g. clausula salutaris).[45] Zwar ist dem Richter gestattet, die Parteien, wenn sie ihre Nothdurft mündlich zu Pro-

---

Schätzung feststehender Schäden abgeleitet hat. Vgl. die Erk. der O. A. G. zu Jena, Lübeck, Oldenburg, und des O. G. zu Wolfenbüttel bei Seuffert IX. 111, XIII. 29, XXIV. 225, XXV. 13, und dazu Wach in der Krit. Vierteljahrsschr. XV. S. 343 fg.

42) L. un. C. ut quae desunt advocatis partium judex suppleat (2, 10): „Non dubitandum est, judicem, si quid a litigatoribus vel ab his, qui negotiis assistunt, minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et juri publico convenire." Vgl. jedoch §. 20. 2.

43) C. 6 X. de jud. (2, 1): — „Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cujusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem — — investigare curetis". — Vgl. Gaill: Obs. I. 61 (wo sich auch Nachweisungen über die italienische Doctrin finden), Mevius: Decis. VIII. 134, Cocceji: Jus controv. II. 13 qu. 4 („Et haec est communis doctorum sententia") nebst den daselbst Citirten, Gönner a. a. O. I. 10 §. 11, Savigny: System V. S. 148 fg. Gewisse Differenzen treten aber allerdings bei diesen Schriftstellern hervor, und namentlich machen die älteren mitunter die fragliche Verbesserung von der claus. salutaris abhängig.

44) Die zahlreiche Litteratur de officio judicis gibt Lipenius: Bibl. jurisd. l. p. 669 s. h. v.

45) Diese Clausel lautet: „Desuper implorando nobile officium judicis, ut suppleat, si quid melius peti aut potuisset, aut debuisset". Eine deutsche Formel findet sich in den R. A. von 1550 §. 13, 1551 §. 32. Ihr Ursprung liegt in der italienischen Praxis und Doctrin. Vgl. schon Urk. a. 1197 bei Ficker: Forschungen IV. 199 [„— et si quid deest in actionibus proponendis, salvo jure addendi, mutandi, minuendi, corrigendi de jure et facto, in supplementum ufficium vestrum imploro"], Urk. a. 1211 das. IV. 250, so wie Gaill l. c. I. 61.

tocoll geben, durch Fragen auf Ungenauigkeiten und Unvollständigkeiten aufmerksam zu machen, und ihre unjuristisch gefaßten Angaben in die juristische Form zu bringen.[46] Uebergeben sie dagegen schriftliche und somit formell abgeschlossene Vorträge, so macht es selbst jenes Anrufen dem Richter nicht möglich, „unangesehen, daß in specie gethanes Begehren nicht förm- und schließlich ist, auf die vorgebrachten narrata zu erkennen, — — was der Supplicant in specie hätte bittten können und mögen," auch nicht in Nebenpuncten.[47]

2. Alle Parteihandlungen, welche einen Angriff enthalten, sei es einen principalen oder einen Gegenangriff, lassen auf Seiten der angegriffenen Partei eine Vertheidigung als möglich erscheinen,[48] und daß ihr hierzu vom Richter Gelegenheit gegeben werde, ist als eine Forderung der Gerechtigkeit durch den Grundsatz des gegenseitigen Gehörs anerkannt.[49] Negativ, aber freilich weniger bestimmt kann man denselben dahin formuliren, daß der Richter nicht auf einseitigen Antrag erkennen dürfe, was die Rechtsparömie ausdrückt: „Eines Mannes Red eine halbe Red, man verhör sie alle bed."[50] Man muß dann unter Antrag einen wirk-

---

46) C. 10 X. de fide instr. (2, 20) [„— cum judex, qui usque ad prolationem sententiae debet universa rimari, possit interrogare de facto, quotiens dubitationis aliquid occurrit"], c. 2 Clem. de V. S. (5, 11) [„— Interrogabit etiam partes, sive ad earum instantiam, sive ex officio, ubicunque hoc aequitas suadebit"]. — Vgl. Gensler a. a. O. S. 67, Puchta: Das Proceßleitungsamt §. 16 fg., Bayer: Vorträge §. 12 S. 34, Briegleb: Einleitung S. 132 fg. Inwieweit der reine Schriftenwechsel und der dadurch bedingte Fortfall des unmittelbaren Verkehrs von Partei und Richter die Ausübung des Fragerechts unmöglich macht, ist eine faktische Frage. Der J. R. A. §. 41 gehört nicht hierher. Die Erk. des O. A. G. zu Oldenburg bei Seuffert XXIII. 266, XXVII. 111 stützen sich auf Old. P. O. von 1857 art. 103 §. 1.

47) Anders nach den R. A. von 1550 §. 13, 1551 §. 30. S. dagegen Vis. A. von 1556 §. 20, 21, Dep. A. von 1557 §. 33, R. A. von 1570 §. 80, Dep. A. von 1600 §. 30, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 22 §. 12. Einigen Einfluß schrieb jedoch die Praxis der cl. salutaris, nachdem diese längst für unnütz erklärt worden war, bis in die neuere Zeit noch immer zu. Vgl. Gaill l. c. I. 61, Stryk: Diss. de cl. salut. libellorum, Halae 1701 (in Opusc. XII. 2), J. H. Boehmer: J. E. P. I. 32 §. 4—10, Danz: Grundsätze §. 80 k., Heffter: System §. 266, Sintenis: Erläuterungen S. 621, Bayer a. a. O. §. 12 a. E.

48) S. §. 15.

49) L. 1 pr. D. de requir. reis (48, 17) [„— neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur"], l. 9, 45 §. 2, l. 47 pr., l. 54 pr. D. de re jud. (42, 1), c. 2 Clem. de sent. et re jud. (2, 11). Vgl. Menger a. a. O. S. 307—316.

50) Graf und Dietherr: Deutsche Rechtssprichwörter S. 453 nr. 266—273.

lichen Angriff verstehn, der eine Vertheidigung provocirt, nicht bloße Rechtsausführungen, denen gegenüber es unter Umständen billig, aber niemals nothwendig erscheint, die Meinung des anderen Theils zu hören. Auch wird ein an sich begründeter Angriff vorausgesetzt, da es zur Zurückweisung eines unbegründeten des vorgängigen Gehörs so wenig bedarf, wie darüber, ob ein gestellter Antrag zur Mittheilung geeignet, d. h. an sich begründet sei, was eine reine Rechtsfrage ist. Und endlich ist von dem Fall abzusehen, wo der angegriffene Theil Gelegenheit zur Vertheidigung erhalten, aber nicht benutzt hat.[51] — Eine Ausnahme hat jener Grundsatz nur in den executivischen Proceßarten (Executiv-, Mandats-, Arrestproceß) und wenn im ordentlichen Proceß außerordentliche Anträge gestellt werden. Hier müssen die Thatsachen, auf welche der Implorant Bezug nimmt, liquide sein, und die Liquidität verleiht dem erhobenen Anspruch einen so hohen Grad von Wahrscheinlichkeit, daß der Richter gebetener Maßen erkennt, ohne zuvor die Erklärung des anderen Theils einzuholen, diesem vielmehr überläßt, vermittelst der nachfolgenden Ausführung seiner Vertheidigungsgründe die Zurückziehung des erlassenen Decrets zu erwirken.[52]

In der folgenden Darstellung nun wird zuerst von der richterlichen Cognition, sodann vom richterlichen Zwange die Rede sein.

Die richterliche Cognition.

§. 44.

Die richterliche Cognition hat

I. allgemein ausgedrückt die Aufgabe, aus gegebenen thatsächlichen Verhältnissen ein juristisches Resultat zu gewinnen, und sie muß mithin einerseits in der Erkenntniß von Thatsachen, andrerseits in der juristischen Beurtheilung derselben bestehen.

1. Die Erkenntniß der Thatsachen ist eine verschiedene, jenachdem die Thatsachen als einseitig von einer Partei behauptete, angeblich wahre, oder als wirklich existirende gedacht werden. Jene sind eben nur Vorstellungen, in die Form von Behauptungen gekleidet, und werden vom Richter einfach aus den Parteivorträgen

---

51) Das Nähere in §. 49.
52) Vgl. §. 21 Note 11.

erkannt. Von diesen dagegen, den Thatsachen schlechthin, vermag sich der Richter regelmäßig nicht mittelst der eignen Sinne, was das Natürlichere wäre, sondern nur auf künstlichem Wege zu überzeugen; da seine eigne Wahrnehmung der vorübergehenden Thatsachen eine zufällige, außeramtliche sein würde, so muß sie, wenn nicht zufolge der Uebereinstimmung der Parteien (gerichtliches Geständniß) unnöthig geworden, durch fremde, in glaubhafter Weise ihm mitgetheilte Wahrnehmung (Beweis) ersetzt werden. In der That ist die unmittelbare amtliche Wahrnehmung des Richters nur anwendbar auf dauernde Zustände,[1] und sie dient hier nicht bloß zur Begründung der richterlichen Ueberzeugung,[2] sondern gelegentlich auch zur Ergänzung der Parteivorträge, z. B. zur Feststellung der Identität oder Beschaffenheit des Streitobjects.[3] Man nennt sie nach ihrer wichtigsten Anwendung, oder weil der Gesichtssinn auch bei anderen Sinnenwahrnehmungen concurrirt,[4] Augenschein, inspectio ocularis.[5]

Die Vornahme eines Augenscheins nun ist von dem Antrag einer Partei nicht abhängig; der Richter darf sie, sobald die Verhandlungen darauf hinweisen, in jeder Lage des Processes von Amts wegen verfügen,[5a] und muß nur den Parteien Gelegenheit geben,

---

1) Vgl. §. 20 Note 39.

2) Die Quellen geben über den Augenschein nur geringen Aufschluß, sie kennen ihn aber sowohl in administrativer — l. 32 D. de minor. (4, 4), l. 1 §. 6 D. de ventre insp. (25, 4), l. 22 C. de adm. tut. (5, 37), l. 1 C. de can. frum. (11, 22) — als in processualischer Anwendung — l. 2 in f. D. de feriis (2, 12) [„— aut ut adspectu atrox injuria aestimetur"], l. 8 §. 1 D. fin. reg. (10, 1), l. 3 C. eod. (3, 39), l. 1 C. Th. eod. (2, 26), l. 4 pr. D. de damno inf. (39, 2) —. Eine weitere Bedeutung hat die evidentia rei (s. operis) des C. R., worüber §. 20 Note 28 fg. zu vgl. ist. — Der Ausdruck „inspectio ocularis" ist dem §. 9. I. de grad. cogn. (3, 6) entlehnt, wo von einer „inspectio oculorum" die Rede ist.

3) So schon im alt-römischen Vindicationsproceß — vgl. Wetzell: Der römische Vindicationspr. S. 46 —, dann aber auch nach c. 49 X. de appell. (2, 28). Vgl. das Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert: Archiv VII. 130.

4) Vgl. Puchta a. a. O. III. S. 35. Die Behauptung Mühlenbruch's: Grundriß §. 452, daß es zur sicheren Wahrnehmung mittelst des Gehörs allemal der Zuziehung von Kunstverständigen bedürfe, ist ohne Grund.

5) Ueber die inspectio ocul. vgl. Rutg. Rulant: De commissariis P. II. lib. 3, 4, 6, Scheinemann: Diss. de ocul. insp., Tub. 1670, Hert: Diss. de insp. ocul., Giess. 1683 (in Opusc. III. 13), Gönner: Handbuch II. 44, Pratobevera: Materialien VIII. 2, Puchta in der Zeitschr. für C. R. und Pr. III. 3.

5a) Arg. l. 8 §. 1 D. fin. reg. (10, 1). Vgl. Rulant: Tr. de commiss. II. 3 c. 2 nr. 2, Wernher: Obs. I. 3 §. 28, J. H. Boehmer: J. E. P. I. 32 §. 57, Danz: Grundsätze §. 262 e., §. 342 nebst den von diesem Citirten, Gönner a. a. O. II. 44 §. 12, Puchta a. a. O. III. 3 §. 1, Grolman: Theorie §. 80 b Note 1. Erk. der O. A. G. zu Lübeck und Darmstadt bei Seuffert

sich daran zu betheiligen, um auf die relevanten Puncte aufmerksam zu machen.[6] Befände sich der zu besichtigende Gegenstand unter dem Verschluß einer Partei, so würde ohne deren Mitwirkung die Besichtigung ohnehin nicht ausführbar sein. Und hier entsteht denn die Frage, ob jede Partei zur Vorzeigung (exhibere) eines solchen Gegenstandes genöthigt werden könne, auch wenn sie selbst an der festzustellenden Thatsache kein Interesse haben sollte. Wäre dabei das vom Richter vertretene öffentliche Interesse entscheidend, so verstände sich die Bejahung dieser Frage von selbst. Da aber der Augenschein den Beweis einer Thatsache unnöthig machen soll, welche außerdem von der an ihrer Wahrheit betheiligten Partei bewiesen werden müßte, da er mithin für diese einen Vortheil involvirt, so kann die andere processualisch nicht verpflichtet sein, ihn ihrerseits möglich zu machen. Es ist zwar denkbar, daß jene einen privatrechtlichen Anspruch auf Vorzeigung hat; dann aber muß sie denselben im Fall der Weigerung incidenter mit einem Exhibitionsantrag geltend machen.[7] Demnach wird die Aufforderung zur Theilnahme am Augenschein nicht überall in gleicher Weise erfolgen. Im Allgemeinen geschieht sie ohne Androhung eines Rechtsnachtheils. Liegt jedoch der zu untersuchende Gegenstand nicht offen am Tage, so ist der interessirten Partei für den Fall ihres Ausbleibens die Ausschließung des Augenscheins anzudrohen.

Häufig wird der Richter in die Lage kommen, bei Vornahme des Augenscheins Sachverständige zuziehen zu müssen. Hierzu ist er überall da veranlaßt, wo die festzustellenden Thatsachen ohne gewisse technische Kenntnisse nicht so vollständig und sicher wahrgenommen werden können, wie es ihre juristische Bedeutung erfordert. Er macht dann die fragliche Wahrnehmung durch Vermittelung der Sachverständigen, von denen er sich über das Wahr-

VII. 130, XIII. 295. Abweichend Wach in der Krit. Vierteljahrsschr. XIV. S. 334 fg.

6) Zu welchen Weitläufigkeiten die Anwendung der Beweistheorie führt, kann man aus Schmid: Handbuch II. §. 152 ersehen. Aeltere Juristen, namentlich Rulant l. c. II. 5 c. 19 nr. 15, Mevius: Decis. II. 127, III. 337, J. H. Boehmer: J. E. P. I. 32 §. 57 nehmen sogar an, daß der Richter ex officio die Edition von Urkunden zum Zweck seiner Instruction verordnen dürfe, was auf dispositive Urkunden beschränkt, ganz consequent ist (vgl §. 24 unter I. 1.).

7) Vgl. Schneider: Vollst. Lehre vom rechtl. Beweise §. 510, 511, Schmid: Handbuch II. §. 152 Note 12, so wie die Erk. der O. A. G. zu Dresden, Jena, Cassel, Darmstadt bei Seuffert IV. 10, 11, XII. 213, XVI. 48, XXV. 27, XXVII. 276, und dazu Demelius: Die Exhibitionspflicht, Gratz 1872, S. 183, S. 269 fg.

genommene berichten läßt, und ist deshalb auch nicht gehindert, seine unmittelbare Theilnahme zurücktreten zu lassen, falls dieselbe sich ihm wegen der damit verbundenen Gefahren oder aus Rücksichten der Schicklichkeit verbietet. Nur der Ueberwachung und Controle der Sachverständigen kann er sich nicht entziehen.[8]

Ueber den durch den Augenschein erhobenen Befund nun ist eine Registratur aufzunehmen, wo nöthig mit beigefügter Handzeichnung, und sollten Sachverständige zugezogen sein, so sind auch deren Wahrnehmungen mit möglichster Genauigkeit zu protocolliren. Die so gewonnenen Aufzeichnungen vertreten die Erinnerung des Richters; die durch sie bekundeten Thatsachen gelten als notorisch und bedürfen keines Beweises.[8a] Eben dieses Vortheils wegen ist es unter Umständen für die eine oder andere Partei von Interesse, über Thatsachen, welche in einem noch nicht begonnenen Proceß in Betracht kommen, schon zum Voraus einen Augenschein auswirken zu können. Denn es ist denkbar, daß sie den Beginn des bevorstehenden Processes nicht sofort oder überhaupt nicht herbeizuführen vermag, und daß voraussichtlich die ihr vortheilhafte Wahrnehmung sich später nicht mehr so genügend, oder daß sie sich gar nicht machen läßt. Nun ist zwar an sich der gerichtliche Augenschein ein Act, der nur im Lauf eines anhängigen Processes kann vorgenommen werden. Allein eine Abweichung von dieser Regel wird nach Analogie der die Vernehmung der Zeugen zum ewigen Gedächtniß betreffenden Grundsätze durch das Vorhandensein einer solchen Gefahr genügend gerechtfertigt,[8b] und, deren Bescheinigung vorausgesetzt, ist mithin der demnächst in der Hauptsache competente Richter als verpflichtet anzusehen, den extrajudiciell erbetenen Augenschein je nach den Verhältnissen mit oder ohne Zuziehung von Sachverständigen in den oben beschriebenen processualischen Formen vorzunehmen, und das darüber aufgenommene Protocoll bis zum späteren Gebrauch im Gerichtsarchiv aufzubewahren.[8c]

---

8) S. Puchta a. a. O. III. S. 36, welcher als Fälle, in denen die unmittelbare Theilnahme des Richters zurücktritt, beispielsweise die Untersuchung eines Schornsteins nach seiner inneren Beschaffenheit, eines Thurmdaches, einer angeblich Schwangeren anführt.

8a) S. §. 24 Note 31 fg.

8b) Von dieser Analogie hat bereits das C. R. in c. 4 X. de conf. utili et inut. (2, 30) auf die s. g. Exemplification der Urkunden Anwendung gemacht. S. §. 24 Note 98b.

8c) Ueber das Vorstehende vgl. Linde: Abhandl. II. S. 34 fg., Wirsing:

2. Was sodann die Beurtheilung der Thatsachen anbelangt, sei es der bloß behaupteten oder der processualisch gewissen, so soll sie die juristische Bedeutung bestimmen, welche den Thatsachen für das unter den Parteien streitige Rechtsverhältniß zukommt. Nicht ganz mit Unrecht pflegt man diese Thätigkeit als einen logischen Schluß zu bezeichnen, bei welchem ein Rechtssatz den major, die Thatsachen den minor bilden. Jedoch darf man nicht glauben, sie dadurch genügend, oder auch nur treffend zu characterisiren. Denn einestheils ist die Sache selten von der Beschaffenheit, daß ein einfacher Schluß und die Berücksichtigung eines einzelnen Rechtssatzes ausreicht. Sehr viel häufiger liegt eine Mehrheit von Thatsachen vor, welche, gleichviel ob sie bloß den Zwecken des Klägers oder theilweise auch denen des Verklagten dienen, in ihrer zeitlichen Ordnung eine Stufenfolge von Rechtsverhältnissen bilden, und den Richter nöthigen, durch eine Kette von Consequenzen fortzuschreiten, um zu dem der Lage der Sache entsprechenden Resultat zu gelangen. Sodann besteht zwischen den Thatsachen und ihren rechtlichen Folgen meist ein so natürlicher Zusammenhang, daß das gebildete Verständniß des Juristen diese sofort in jenen erkennt, den factischen Verhältnissen gleichsam nur den juristischen Ausdruck zu geben braucht, und sich eines bestimmten Rechtssatzes nur dann bewußt wird, wenn der anzuwendende Rechtssatz auf positivem Gesetz beruht, oder von zweifelhafter Beschaffenheit ist und deshalb einer genaueren Feststellung bedarf.[9] Auch handelt es sich dabei gar nicht immer um juristische Consequenzen. Mitunter sind Folgerungen von einer Thatsache auf eine andere zu ziehen, wie sie auch im täglichen Leben vorkommen, und zwar bald mit logischer Nothwendigkeit, bald nach bloßen Wahrscheinlichkeitsgründen (s. g. praesumtiones hominis s. facti), bald mit Hülfe gewöhnlicher Lebenserfahrungen, bald unter Benutzung besonderer Sachkenntniß.

Das nun, was hiernach als die richterliche Beurtheilung der Thatsachen zu betrachten ist, gehört zwar an sich zum ausschließ-

---

Der Beweis zum ewigen Gedächtniß S. 36 fg., Bayer: Vorträge S. 786. Gegen die Aufnahme des Augenscheins zum ewigen Gedächtniß spricht sich Langenbeck: Die Beweisführung S. 915 fg. aus dem unzureichenden Grunde aus, weil der Augenschein nicht ohne Zuziehung des Gegners vorgenommen werden könne, und der Richter zu dessen Ladung vor Beginn des Processes nicht befugt erscheine.

9) Sehr treffend spricht sich hierüber Savigny: System I. S. 7, 8 aus.

lichen officium des Richters. Indeß treten dem Richter unter Umständen Hülfsorgane zur Seite, von denen er sich das erforderliche Urtheil suppeditiren läßt, nnd als solche kommen die Sachverständigen und die Spruchbehörden in Betracht.

a. Unter Sachverständigen, artis periti,[10] versteht man im Allgemeinen solche Personen, welche besondere wissenschaftliche, technische oder durch gewerbsmäßige Uebung erlangte Kenntnisse besitzen. Sonach können auch die Juristen, seitdem die Erkenntniß des Rechts Aufgabe einer besonderen Wissenschaft geworden ist, Sachverständige genannt werden. Während sich der Richter aber über seine Rechtskenntniß ausgewiesen haben soll, können andere Sachkenntnisse nicht bei ihm vorausgesetzt, und selbst wenn er sie besitzen sollte, in Ermangelung eines officiellen Ausweises nicht für ausreichend erachtet werden. Sind daher zur Beurtheilung eines streitigen Punctes derartige Kenntnisse nothwendig, so muß sich der Richter des Beiraths von Personen bedienen,[11] deren Lebens-

---

10) Im Allg. vgl. darüber Gönner: Handbuch II. 45, Mittermaier im Arch. für civil. Pr. II. 10, Puchta in der Zeitschr. für C. R. und Pr. III. 3 §. 6 fg., Diedrichs: Diss. de indole probationis per artis peritos, Rost. 1838, Seeger: Das Verfahren mit Sachverständigen, Stuttg. 1841, Walther im Arch. für civ. Pr. XXVI. 5, 10 (dessen gründlich gearbeitete Abhandlung S. 104 fg. auch ein vollständiges Verzeichniß der älteren Litteratur gibt), Strippelmann: Die Sachverständigen, Cassel 1858, Langenbeck: Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Cap. 19.

11) Das R. R. erwähnt Sachverständige in Anwendung auf den Civilproceß nur in zwei Fällen, bei der Schriftenvergleichung — l. 20 C. de fide instr. (4, 21), nov. 73 c. 7 pr. — und bei der Grenzregulirung — l. 3 §. 4 D. si mensor falsum modum dix. (11, 6), l. 8 §. 1 D. fin. reg. (10, 1), l. 3 C. eod. (3, 39) —, häufiger in Verwaltungssachen — l. 1 pr. D. de insp. ventre (25, 4), l. 1 §. 25 D. de ventre in poss. mitt. (37, 9), l. 6 §. 1 C. de sec. nupt. (5, 9), l. 2 C. de jure fisci (10, 1), l. 6 C. de re milit. (12, 36), nov. 7 c. 3 §. 2, nov. 64 c. 1 (s. gl.) —, einmal auch in Anwendung auf den Criminalproceß, wenigstens implicite — l. 17 D. ad leg. Corn. de sicar. (48, 8) —. Die erforderlichen Schätzungen wurden wohl von den judices selbst vorgenommen — arg. l. 35 D. mandati (17, 1) —, dagegen pflegten die Magistrate in den ihrer eignen Cognition unterliegenden Sachen Werthbestimmungen und dgl. einem arbiter zu überweisen, z. B. die Prüfung der Vermöglichkeit der Bürgen, die Berechnung der Größe einer Erbschaft zum Zweck des Abzugs der quarta Falcidia von Vermächtnissen. Vgl. l. 2 pr., 9, 10 pr. §. 1 D. qui satisd. cog. (2, 8), l. 2 D. a quibus appell. (49, 2), l. 1 §. 6 D. si cui plus (35, 3), l. 5 §. 25 D. de agn. et al. lib. (25, 3) und dazu Heimbach: Die Lehre von der Frucht S. 186 fg. Ueberhaupt aber werden in Processen, welche ein sachverständiges Urtheil erforderten, meist Sachverständige zu judices bestellt worden sein — arg. l. 7 D. fin. reg. (10, 1) —. Im C. R. kommen Sachverständige vorzugsweise bei Prüfung körperlicher Ehehindernisse vor. Vgl. c. 4, 19 X. de prob. (2, 19), c. 6 X. de frig. et malef. (4, 15) und außerdem c. 9 X. de praescr. (2, 26), c. 18 X. de homicid. volunt. (5, 12). Die Reichsgesetze enthalten, von den criminalprocessualischen Bestimmungen der P. H. G. O. Art. 149 abgesehen, nur den Eid, „so ein Balbierer oder einer

stellung den Besitz der fraglichen Kenntnisse vermuthen läßt.[12] Diese Personen erscheinen dann als seine Gehülfen,[13] und dürfen also nicht mit sachverständigen Zeugen verwechselt werden, welche wahre Zeugen sind, und sich nur dadurch auszeichnen, daß sie die von ihnen zu bekundenden Thatsachen nicht ohne bestimmte Sachkenntniß haben wahrnehmen können.[14] Von den sachverständigen Gehülfen des Richters wird einzig und allein ein Urtheil verlangt, sie sollen Schlüsse aus Thatsachen ziehen, welche bereits feststehen oder vorläufig als feststehend angenommen werden, die sachverständigen Zeugen dienen als Beweismittel, um über Wahrnehmungen zu deponiren, welche sie rücksichtlich bestrittener Thatsachen gemacht haben. Wenn z. B. ein gekauftes Thier zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags von Thierärzten untersucht und als krank befunden worden ist, so kann der Käufer durch sie den Beweis der damaligen Krankheit führen. Haben dagegen die Thierärzte das Thier nach dem Tode besichtigt und die an ihm wahrgenommenen Erscheinungen durch ein gerichtliches Zeugniß gewiß gemacht, oder kann das Thier lebendig oder todt noch im Laufe des Processes besichtigt werden, so bedarf es weiter eines Schlusses von der späteren Beschaffenheit auf die frühere, also eines Urtheils, und dieses ist von sachverständigen Gehülfen des Richters abzugeben. Ebenso verhält es sich bei Schätzungen. Der

---

anderen Kunst Erfahrener schweret". Vgl. K. G. O. von 1538 §. 22, von 1555 I. 85. Der Anfang des R. A. von 1671 §. 5 (bei Emminghaus: Corp. jur. germ. II. 376), welcher die Vernehmung verständiger Kaufleute circa factum mercantile vorschreibt, ist niemals promulgirt worden. Ihre Hauptquelle hat diese Lehre in der italienischen Doctrin. Vgl. Walther a. a. O. XXVI. S. 95 fg., und über die Entstehungsgeschichte Goldschmidt: Handb. des Handelsr. I. 1 S. 32.

12) Walther XXVI. S. 262.

13) Die bei den Neueren beliebte Unterscheidung von wahrnehmenden (darstellenden) und urtheilenden Sachverständigen hat keine practische Brauchbarkeit und eben so wenig innere Berechtigung. Denn auch die Sachverständigen, welche zum Augenschein zugezogen „dem Richter Worte oder Zeichen leihen, um das Wahrgenommene kunstgemäß auszudrücken und darzustellen", urtheilen schon.

14) Die sachverständigen Zeugen sind also verschieden von den in Note 13 genannten wahrnehmenden Sachverständigen, welche beim Augenschein zugezogen werden. Diese als Beweismittel zu bezeichnen (wie u. A. Renaud S. 314 fg. es thut) ist unrichtig. Denn auch sie haben nur die Aufgabe, den Richter in der Erkenntniß der ihm vorliegenden Augenscheinsobjecte zu unterstützen. Vgl. auch Wach a. a. O. XIV. S. 337. Unzutreffend sind sonach die Erk. der O.A.G. zu Lübeck und Darmstadt bei Seuffert VII. 119, XIII. 69. Vollends ohne Einfluß auf die Behandlung der Sachverständigen ist, ob deren Vernehmung durch eine Partei beantragt, oder ob sie ohne Antrag vom Gericht beschlossen wird. Doch ist die Praxis vielfach abweichend.

Werth oder auch (wenn eine solche Scheidung practisch möglich ist) die den Werth bedingende Beschaffenheit eines nicht mehr existirenden oder nicht vorzeigbaren Objects wird durch sachverständige Zeugen, welche dasselbe gesehen haben, bestimmt, der Werth eines vorliegenden oder seinen Eigenschaften nach genügend bestimmten Objects durch Sachverständige.[15]

Geht man von diesem Gegensatz aus, so kann man nicht in Gefahr kommen, die Sachverständigen, von denen hier allein die Rede ist, als eigentliches Beweismittel zu behandeln.[16] Vor Allem darf sie der Richter von Amts wegen und in jedem Stadium des Verfahrens zuziehen,[17] er bestimmt ihre Zahl, und im Wesentlichen auch ihre Auswahl.[18] In unbedeutenden Sachen begnügt er sich mit einem einzigen,[19] und diesen ernennt er, wenn sich die Parteien nicht über ihn einigen, immer selbst.[20] Der Regel nach aber zieht er ihrer mehrere zu,[21] und gestattet dann zwar beiden Par-

15) Sehr anschaulich erörtert diesen Gegensatz in Bezug auf Werthbestimmungen Glück: Comm. XVII. S. 62 fg. S. auch §. 23 N. 2 und Strippelmann a. a. O. §. 13.

16) S. ob. Note 14. Von manchen Juristen werden sie als Zeugen angesehen, die ältere und allgemeinere, auch vom R. und C. R. unterstützte Ansicht aber ist die im Text vorgetragene. Vgl. l. 8 §. 1 D. fin. reg. (10, 1) [„Ad officium de finibus cognoscentis pertinet, mensores mittere —“], l. 3 §. 4 D. si mensor (11, 6) [„— a judice adhibitus“ —], l. 3 C. fin. reg. (3, 39) [„— agrimensor ire praecipiatur ad loca — jussione Rectoris provinciae“ —], c. 14 X. de prob. (2, 19) [„— honestas matronas — deputare curetis ad inquirendum“ —], c. 6 X. de frig. (4, 15) [„— quasdam matronas — ad tuam praesentiam evocasti — ut mulierem — inspicerent“], wogegen c. 4 X. de prob. [„— testimonio septem mulierum probavit“ —] Nichts beweisen kann. Vgl. über die Literatur Walther a. a. O. XXVI. S. 102 Note 16, 17, und überhaupt S. 255 fg.

17) Dies ist nicht unbestritten, namentlich nicht in dieser Allgemeinheit — vgl. Walther XXVI. S. 249 fg. —, allein zuzugeben ist Nichts mehr, als daß es sich meist empfiehlt, die technische Untersuchung mit dem Beweisverfahren zu verbinden. Uebereinstimmend mit dem Text sind die Erk. der O. A. G. zu Dresden, Lübeck, Oldenburg bei Seuffert VI. 264, VII. 131, XIX. 282, XX. 88, XXIV. 177. Vgl. auch die Reichsgesetze vom 11. Juni 1870 (betr. das Urheberrecht an Schriftwerken) §. 30, vom 9. Jan. 1876 (betr. das U. R. an Werken der bildenden Künste) §. 16, 11. Jan. 1876 (betr. das U. R. an Mustern) §. 14, vom 10. Jan. 1876 (betr. den Schutz der Photographien) §. 9.

18) Vgl. die Stellen der Note 16 und Walther XXVI. S. 258 fg.

19) Ebenso wenn particularrechtlich ein Sachverständiger als solcher angestellt ist. Vgl. Walther XXVI. S. 260 Note 62, 63 und die das. Citirten.

20) Gaill: Obs. II. 111 nr. 2 und die Citate bei Walther S. 261 N. 66.

21) Die Quellen schwanken über die Zahl, erfordern nicht einmal regelmäßig mehrere. Früher sah man zwei als die regelmäßige Zahl an. Vgl. Gaill l. c. II. 111 nr. 3, so wie die bei Walther S. 261 Note 67 und Strippelmann a. a. O. S. 147 fg. Citirten. Das Richtige ist, daß dem Richter die Entscheidung darüber zusteht. Vgl. Walther S. 260 Note 61. Hinsichtlich der Sachverständigen-Vereine in Nachdrucks- und ähnlichen Sachen s. die in Note 17 angeführten Gesetze, speciell das Ges. v. 11. Juni 1870 §. 31.

teien eine gleiche Anzahl vorzuschlagen, es bleibt ihm aber unbenommen, einen vorgeschlagenen wegen mangelnder Nachweisung seiner Sachkenntniß zu verwerfen, im Fall des versäumten oder ungeeigneten Vorschlags die Ernennung von sich aus vorzunehmen, und jedenfalls den von den Parteien denominirten Sachverständigen einen Obmann beizufügen.[22] Nur wo er particularrechtlich für gewisse Zweige des Wissens an öffentliche Beamte (Aerzte, Bauverständige u. s. w.) gewiesen ist, hat es dabei das Bewenden; alsdann aber verdienen auch außergerichtlich ausgestellte schriftliche Gutachten Glauben. Ferner müssen von der einschlagenden Sachkenntniß abgesehen die Sachverständigen dieselben Eigenschaften besitzen, welche bei richterlichen Personen vorausgesetzt werden,[23] und gleich diesen werden sie durch bloße Verdachtsgründe untauglich, da sich ihr Urtheil nicht wie die Aussage der Zeugen durch concurrirende Beweismittel ergänzen läßt.[23a] Darum ist auch eine jede Partei mit ihren Einwendungen gegen die Fähigkeit und Unverdächtigkeit der von der anderen Partei vorgeschlagenen, so wie der vom Richter zu ernennenden Sachverständigen zu hören, und den Sachverständigen vor Beginn ihrer Thätigkeit durch einen Eid, den amtlich angestellten aber durch Verweisung auf den Amtseid die Pflicht der Wahrhaftigkeit einzuschärfen.[24] Daß es den

---

22) Dieses Verfahren entspricht dem obigen Princip (Note 16), und vermittelt practisch zwei entgegenstehende Meinungen, von denen die eine dem Richter allein, die andere den Parteien allein [arg. l. 6 §. 1 C. de sec. nupt. (5, 9)] die Ernennung zuweist. Empfohlen ist dasselbe schon von Rivinus: Diss. de jud. peritorum in arte, Viteb. 1775, und mit geringen Modificationen auch von neueren Juristen gebilligt, z. B. von Gönner a. a. O. II. 45 §. 6, Schneider: Lehre vom rechtl. Beweis §. 183, Puchta a. a. O. III. S. 64 (welcher diesen Modus, ohne ihn selbst zu billigen, als den in der Praxis angenommenen bezeichnet), Osterloh: Lehrbuch des Pr. I. §. 156 S. 463 (für Schätzungen), Seeger a. a. O. S. 57 fg., Strippelmann a. a. O. S. 159, 173, 174, 177. Die Gegengründe Mittermaier's a. a. O. II. S. 128 fg. und Langenbeck's a. a. O. S. 581 fg., S. 585 fg. sind nicht stichhaltig.

23) Sofern nicht die Natur der Sache Abweichungen fordert, wie in den in Note 16 citirten Stellen des C. R.

23a) Vgl. Gönner: Motive zum Entwurf eines Gesetzbuchs S. 415, Strippelmann a. a. O. S. 175, so wie die Erk. der O. A. G. zu Cassel, des O. Trib. zu Stuttgart, des O. G. zu Wolfenbüttel bei Seuffert XIII. 69, XVIII. 195, XXII. 95, des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen V. 10. A. M. ist Mittermaier a. a. O. II. S. 132 in Betreff derjenigen Sachverständigen, welche er nach S. 121 fg. als Beweismittel glaubt ansehen zu müssen, und mit ihm das Erk. des O. A. G. zu Darmstadt bei Seuffert XIII. 69.

24) L. 20 C. de fide instr. (4, 21) [vgl. mit l. 6 §. 1 C. de sec. nupt. (5, 9), nov. 7 c. 3 §. 2], P. H. G. O. Art. 149, K. G. O. von 1555 I. 85, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 97. — Beamte, die nicht schon durch ihre

Berufenen nicht gestattet ist, die vom Richter gegen eine angemessene Vergütung geforderte Abgabe eines Gutachtens zu verweigern, kann kaum bezweifelt werden.[25] Denn wenngleich die Analogie der Zeugen insofern nicht zutrifft, als meistens wohl andere Sachverständige, aber nicht beliebig andere Zeugen zu haben sind, so tragen doch offenbar die Functionen der Sachverständigen als Gehülfen des Richters in noch höherem Grade den Character des munus publicum an sich, als die der Zeugen. Den auf die Ladung erschienenen und demnächst beeidigten Sachverständigen ertheilt der Richter mit Berücksichtigung der von den Parteien zuvor gestellten Anträge eine angemessene Instruction. Zu dem Ende kann ein Augenschein nothwendig oder zweckmäßig sein. Immerhin aber sind ihnen die Thatsachen vorzulegen, aus denen sie ihr Urtheil ziehen sollen, und die Fragen, auf deren Beantwortung es ankommt. Für die Abgabe des Gutachtens wird auf ihr Nachsuchen eine Bedenkzeit bewilligt.

Das Gutachten selbst muß, wo möglich mit Gründen versehen,[26] entweder schriftlich eingereicht oder mündlich zu Protocoll gegeben werden. Mehreren Sachverständigen ist die vorgängige Besprechung erlaubt, ein gemeinsames Gutachten aber dürfen sie nur dann abgeben, wenn sie entweder als collegialische „Behörde" fungiren, oder sämmtlich ihre volle Zustimmung erklären. Daß die Parteien über die abgegebenen Gutachten gehört werden, möchte in allen Fällen sachgemäß sein.[27] Stellen sich dann nach genauerer Prüfung Unvollständigkeiten oder Dunkelheiten heraus, so wird eine Ergänzung oder Erläuterung gefordert,[27a] während wenn die Sachverständigen durch den Inhalt ihres Gutachtens und nament-

---

Bestellung zur Abgabe von Gutachten in Processen verpflichtet sind, müssen natürlich speciell beeidigt werden. Vgl. Mittermaier II. S. 134 Note 37.

25) Vgl. Schneider a. a. O. §. 186, Martin in den Jahrb. für Gesetzg. und Rechtspflege in Sachsen I. 2 S. 179 fg., Seeger a. a. O. S. 76, Osterloh a. a. O. I. §. 156 S. 462, Walther XXVI. S. 262 fg., und die Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert XXIII. 88, XXV. 195. A. M. sind Gönner a. a. O. II. 55 §. 10, Puchta a. a. O. III. S. 61 (unter 2), Schmid: Handbuch II. §. 152 a. E., Renaud: Lehrb. §. 113 Note 9. Eine vermittelnde Ansicht vertritt Strippelmann §. 47.

26) Walther S. 278 (wo auch abweichende Meinungen mitgetheilt sind), Strippelmann a. a. O. §. 50, und die das. mitgetheilten Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Cassel.

27) A. M. ist Walther XXVI. S. 279 fg., was um so weniger zu billigen ist, wenn man die Parteien vom Verhör der Sachverständigen eben so wie von dem der Zeugen ausschließt. S. dagegen Strippelmann S. 253.

27a) Vgl. Strippelmann a. a. O. S. 261 fg., Erk. der O. A. G. zu Lübeck, Dresden bei Seuffert: Archiv III. 132, XXV. 196.

lich durch die darin enthaltenen Widersprüche ihre Unfähigkeit klar bekunden, eben so wie wenn sie dieselbe ausdrücklich aussprechen,[28] die Berufung anderer Sachverständigen nothwendig ist.[29] Im Uebrigen sind in Ermangelung eines sicheren und übereinstimmenden Resultats verschiedene Möglichkeiten denkbar. 1. Bei qualitativen Bestimmungen handelt es sich juristisch um entschiedene Alternativen. Wenn daher die Sachverständigen den relevanten Punct vollkommen zweifelhaft lassen oder sich mit gleich viel Stimmen für und wider ihn aussprechen (was nur bei gerader Zahl möglich ist), so ist das Resultat einem mißlungenen Beweise gleich zu achten, einerlei ob es seinen Grund in der Unvollständigkeit der factischen Voraussetzungen, oder in der Unsicherheit der anzuwendenden wissenschaftlichen oder technischen Gesetze hat.[30] Erklären sie dagegen den festzustellenden Punct für wahrscheinlich, oder nur der Mehrzahl nach für gewiß, so darf sich der Richter in den meisten Fällen, namentlich wenn die Acten adminiculirende Gründe ergeben, dort an die größere Wahrscheinlichkeit, hier an die Mehrheit der Stimmen halten. Jedoch kann dies nicht als eine unbedingte Regel gelten; mitunter wird sich die Adjunction weiterer Sachverständigen empfehlen,[31] und niemals, selbst nicht bei Gleichheit der Stimmen sollte der Versuch einer Vereinigung mittelst gemeinsamer Besprechung versäumt werden.[32] Nur auf Grund

---

28) D. h. nach der Beeidigung.

29) Vgl. Walther S. 281 fg. und die das. Citirten, Strippelmann S. 258 unter A., Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert VIII. 332. Vgl. überhaupt bezüglich der Frage, inwieweit der Richter an das Sachverständigengutachten gebunden sei, die Erk. der O. A. G. zu Jena, Dresden, Kiel bei Seuffert XII. 106, XXII. 96, 97, das Erk. des R. O. H. G. XIV. S. 288.

30) Andere wollen im Fall der Stimmengleichheit vom Richter einen Obmann zuziehen lassen. So Mittermaier a. a. O. II. S. 128, Martin: Lehrbuch §. 220 c., Bayer: Vorträge §. 249 S. 826. Allein das hieße, die Entscheidung vom Gutachten des Obmanns abhängig machen. Nach dem zu Note 22 Vorgetragenen sollte der Fall der Stimmengleichheit gar nicht vorkommen.

31) Puchta III. S. 66 fg., Schmid: Handbuch II. §. 157 S. 326, im Wesentlichen auch Strippelmann a. a. O. S. 286 fg. nebst dem daselbst angezogenen Erk. des O. A. G. zu Cassel und den Erk. des O. G. zu Wolfenbüttel und der O. A. G. zu Darmstadt, Dresden, Lübeck, Kiel bei Seuffert XIV. 264, XVII. 185, XXII. 97. Einige lassen dagegen nach l. 1 pr. D. de ventre insp. (25, 4) unbedingt die Stimmenmehrheit entscheiden, wie Gönner II. 45 §. 13—16, Schneider a. a. O. §. 188, Grolman: Theorie §. 84, Andere nach l. 21 §. 3 D. de test. (22, 5) das Gewicht der Gründe, nach dem Ermessen des Richters, wie Danz: Grundsätze §. 356b., Mittermaier a. a. O. II. S. 139, oder nach dem Urtheil anderer, wo möglich erfahrenerer Sachverständigen, wie Martin: Lehrbuch §. 218 i., Walther S. 288 wollen.

32) Seeger a. a. O. S. 97.

particularrechtlicher Bestimmungen aber, und doch auch nur dann, wenn das Gutachten von öffentlichen Behörden eingeholt werden müßte, würde sich behaupten lassen, daß der Mangel eines sicheren und übereinstimmenden Resultats den Richter nöthige, sich an erfahrnere Sachverständige, wie an eine höhere Instanz zu wenden.[33] 2. Quantitative Bestimmungen (oder Taxationen) andererseits haben das Eigenthümliche, daß von wenigen Ausnahmen abgesehen[34] alle sich darbietenden Möglichkeiten juristisch relevant sind. Deshalb ist hier eine Unbestimmtheit nicht anders möglich, als rücksichtlich eines Mehr, welches über das unzweifelhafte Minimum hinausgeht, und darum nicht weiter in Betracht zu kommen scheint, weil gerade die Bestimmung des Gewissen, also Unzweifelhaften von den Sachverständigen gefordert wird. Dennoch würde die Abweichung mehrerer Gutachten von einander durch das Zurückgehen auf die geringste Zahl in ungeeigneter Weise ausgeglichen werden, weil dann über das von den übrigen Sachverständigen behauptete Mehr die Entscheidung ganz ausfiele. Dagegen bietet in diesem Falle die Berechnung des Durchschnitts ein angemessenes Auskunftsmittel,[35] sofern man hinzunimmt, daß wenn einer der Sachverständigen von mehreren anderen so bedeutend differirt, daß dadurch seine Redlichkeit oder Geschicklichkeit verdächtig wird, die Berufung eines Substituten eintreten muß.[36]

Nach allem Diesen bedarf es kaum noch der Bemerkung, daß ordnungsmäßig zu Stande gekommene Gutachten keinen Gegenbeweis zulassen,[37] und daß auf solche, welche eine bestimmte Entscheidung nicht enthalten, oder nicht alle Stimmen für sich vereinigen, weder der Reinigungseid, noch der Erfüllungseid anwend-

33) Dies ist die Meinung Walther's S. 288, welcher entgegensteht, daß abgesehen von jener Voraussetzung von vorn herein die erfahrensten Sachverständigen werden gewählt werden. Im Uebrigen vgl. Strippelmann a. a. O. §. 56 unter II.

34) Z. B. von der Klage auf Rescission wegen laesio enormis. Vgl. Erk. des O. A. G. zu Rostock bei Seuffert XVI. 167.

35) Arg. l. 36 pr. D. mandati (17, 1): „Ita ut omnes summas majores et minores coacervet, et ita portionem ei, qui mandatum suscepit, praestet. Quod et plerique probant.“ Vgl. die Citate bei Strippelmann: a. a. O. §. 59 Note 34.

36) Vgl. Puchta a. a. O. III. S. 66.

37) Gönner II. 45 §. 12 nimmt mit Beziehung auf l. 76—80 D. pro socio (17, 2), l. 30 pr. D. de operis libert. (38, 1) an, daß ein solches Gutachten eben so wie ein richterliches Urtheil angefochten werden könne. Allein diese Stellen handeln vom arbitrium boni viri, also von einem wirklichen Urtheil, zudem fehlt es an einem gesetzlich ausgebildeten Instanzenrecht.

bar ist, da es der Schiedseid überhaupt nur mit der Feststellung, nicht mit der Beurtheilung von Thatsachen zu thun hat. Nur dann verhält sich dies anders, wenn das Urtheil von Sachverständigen zu einem künstlichen Beweise oder Gegenbeweise benutzt worden ist. Soll aus feststehenden oder bewiesenen Thatsachen nach technischen Regeln die zu beweisende Thatsache gefolgert werden, so unterliegt es keinem Zweifel, daß, wenn auf diesem Wege ein sicheres Resultat sich nicht ergibt, der versuchte Beweis oder Gegenbeweis also kein vollkommner ist, der nothwendige Eid zu Hülfe genommen werden muß.[38]

b. Der Spruchbehörden,[39] zu denen die Juristenfacultäten der deutschen Universitäten (Spruchcollegien), zwei aus älterer Zeit übrig gebliebene Schöffenstühle und particularrechtlich in gewissen Fällen auch andere Landesgerichte gehören, bedient sich der Richter als juristischer Sachverständigen, wenn er in der Lage ist, über eine von ihm bereits abgeurtheilte Sache zufolge erhobener Beschwerde (Revision) von Neuem urtheilen zu müssen, oder wenn ihm im concreten Fall nach seiner eignen oder der Parteien Meinung die zur Entscheidung erforderliche juristische Bildung oder Unbefangenheit fehlt. Daß hierin eine Irregularität liegt, läßt sich nicht leugnen. Unverfänglich ist es zwar, daß der Richter in schwierigen Fällen (und auf seine Kosten) das Gutachten angesehener Rechtsgelehrten einholt, um danach die eigne Ansicht zu bilden oder zu berichtigen.[40] Die vorliegend in Frage stehende Rathsertheilung aber bindet den Richter und nöthigt ihn, den empfangenen Rath zu befolgen. Eine solche Einrichtung konnte nur in Zeiten entstehen, in denen noch ungelehrte Richter urtheilten, und doch schon der traditionellen Rechtskunde eine entwickeltere Rechtswissenschaft gegenüberstand. So galt in Deutschland, ehe noch einmal das fremde Recht recipirt war, die Sitte, daß wenn sich die Schöffen eines Gerichts nicht getrauten, das Urtheil zu finden, der Zug (Fahrt) an ein erfahrneres Gericht

---

38) Puchta III. S. 68, 69, Walther XXVI. S. 294.

39) Die ältere Dissertationen-Litteratur findet sich bei Lipenius: Bibl. jurisd. s. v. actorum transmissio. Außerdem vgl. Elsäßer: Ueber den Geschäftsgang von der Versendung der Acten an Rechtscollegien an bis zur Eröffnung des eingeholten Urtheils (Anhang zu Danz: Grundsätze), Gönner: Handbuch I. 4, Sartorius in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XIV. 8., Muther in Glaser's Jahrbüchern XII. S. 256—261.

40) Vgl. darüber Sartorius a. a. O. XIV. 8 §. 5, welcher jedoch a. M. rücksichtlich der Kosten ist.

ging,[41] und wurde ein solches regelmäßig benutzt, wie z. B. das Gericht der Stadt, mit deren Recht man bewidmet war, so gewann dasselbe von selbst das Ansehen eines oberen Gerichts (Oberhof).[42] In Italien erzeugte die Präponderanz des R. R. in seiner wissenschaftlichen Ausbildung unter dem Einfluß der Stadtrechte[43] eine ähnliche Praxis. Hier hatten sich von jeher die Doctoren für berechtigt gehalten, Rechtsbelehrungen nach Art der alten römischen Juristen zu ertheilen, und darauf den Grundsatz gebaut, daß der Richter zu deren Befolgung verpflichtet sei, wenn er sich nicht durch ein unrichtiges Urtheil der Klage auf Schadensersatz aussetzen wolle. Diese Ansicht kam der herrschenden Unwissenheit der Gerichte und dem Bedürfniß der Belehrung entgegen. Man nahm daher an, daß der Richter sowohl auf Antrag der Parteien, als aus eigenem Antrieb den Proceß nach beendigter Instruction mit einer den Inhalt der Verhandlungen vollständig und unparteiisch wiedergebenden Relation an einen oder mehrere Juristen versenden dürfe (processum transmittere), und den demnächst eingehenden Spruch einfach entgegenzunehmen und als Urtheil zu publiciren habe.[44] Collegialische Gutachten der Facultäten waren damals zu umständlich und kostbar, als daß sie in Processen häufig hätten Anwendung finden können; sie möchten überhaupt eine Erfindung

---

41) Vgl. Maurer: Gesch. des öff. mündl. G. V. S. 232 fg., Grimm: Deutsche R. A. S. 834. fg.

42) Davon handeln Biener: Comment. de orig. et progr. leg. germ. II. 1 p. 241—250, Michelsen: Der ehemalige Oberhof zu Lübeck, Alt. 1839, Thomas: Der Oberhof zu Frankfurt am Main, Frankf. 1841, Tomaschek: Der Oberhof Iglau, Innsbr. 1868, Walther: Deutsche R. G. §. 236 a. E., 634, 635, 693, 696, und von den späteren Schicksalen der Oberhöfe Stölzel: Die Entwickelung des gelehrten Richterthums I. §. 10 unter 2.

43) Z. B. Stat. Niciae p. 138 (ed. Taur. 1838), Stat. Paduae (bei Briegleb: Gesch. des Ex. Pr. II. S. 198, 199), Stat. Milan. (das. II. S. 218), Stat. Vicent. (das. II. S. 237). Vgl. Holtius: Commentatio de consilio sapientis et transmissione actorum, 1850, Wach: Arrestproceß S. 193 Note 62. Auch die in der folgenden Note citirten Juristen deuten darauf hin.

44) Roffredus: Quaestiones sabbatinae q. 45 nr. 8, Lambertinus de Ramponibus: De consil. habendis (bei Bartolus: Cons. Lugd 1552 f. 232), Rolandinus: Summa artis notariae III. c. 9 rubr. de consiliis dandis in causis, Durant. II. 2 de requisit. consilii, Jo. Andreae in add. ad h. tit. (wo Aegidius Fuscararius, Joannes de Deo und Ubertus de Bobio als die Vorgänger des Durantis in der Bearbeitung dieser Lehre genannt werden), Baldus in add. ad eund. tit., Bartolus ad. l. 1 C. de relat. nr. 2, 3, Jo. Petr. de Ferrariis: Prax. aur. XXI. gl. 10 nr. 4, Rob. Maranta: Spec. aur. VI. de appell. nr. 8—10. Vgl. dazu Eichhorn: D. St. und R. G. IV. §. 577, Ficker: Forschungen III. §. 487, §. 581 fg., IV. Register ad v. consilium.

der späteren Zeit sein.[45] — Als nun das R. R. nach Deutschland überging, wurde gleichzeitig auch jene Praxis recipirt,[46] und alsbald mit der vorhandenen einheimischen Sitte zu einem einzigen Institut verschmolzen, dem wir in abgeschlossener Gestalt schon in der P. H. G. O. Carl's V. begegnen. Durch diese werden in Art. 219 die peinlichen Gerichte angewiesen, in zweifelichen Fällen zunächst bei ihren Oberhöfen Rath zu suchen, in Ermangelung von Oberhöfen aber im Anklageproceß bei der Obrigkeit, „die das selbig peinlich Gericht fürnemlich und ohne alle Mittel zu bannen und zu hegen Macht hat," im Untersuchungsproceß bei den nächsten hohen Schulen, Städten, Communen oder anderen Rechtsverständigen. Die Stellung, welche hier den Obrigkeiten, d. i. den landesherrlichen Räthen[47] gegeben wurde, bezog sich nicht ausschließlich auf die Criminaljurisdiction; sie wurde durch die Reichsgesetze auch für die an das R. K. G. nicht erwachsenen Civilsachen anerkannt,[48] demnächst jedoch nur particularrechtlich weiter befestigt. Die Oberhöfe, Städte und Communen aber traten allmählich mehr und mehr vor den in den geschriebenen Rechten bewanderten Doctoren zurück, und wurden endlich, wenngleich ohne Zweifel noch unter den collegia juridica des J. R. A. §. 61, 113 begriffen, ihrer früheren Bedeutung vollkommen verlustig,[49] bis auf die Schöffenstühle zu Leipzig (im J. 1834 in ein Landesgericht umgewandelt) zu Jena (identisch mit der Juristenfacultät daselbst) und zu Halle.[50] Da nun späterhin auch die vom J. R. A. §. 113 gleichfalls noch erwähnte[51] Befragung einzelner Rechtsgelehrten außer Gebrauch kam, so sind es außer den wenigen Schöffenstühlen nach gemeinem Recht nur

45) Savigny: Gesch. des R. R. im M. A. III. S. 235. In Deutschland kommen sie nach Stölzel a. a. O. I. S. 200 erst in der 2. Hälfte des 16. Jahrhunderts vor. Consilien der Facultäten finden sich schon früher. Vgl. dens. I. S. 196 fg.

46) S. Eichhorn a. a. O. III. §. 444 Note f, Stölzel a. a. O. I. S. 10 unter 3. S. 219—230.

47) Wie sich aus den entsprechenden Stellen der Bamberg. 276 und der Brandenb. 285 ergibt.

48) Dep. A. von 1600 §. 16.

49) Eichhorn a. a. O. IV. §. 577, Thomas a. a. O. (Note 42) S. 118, Stölzel I. S. 218, 219.

50) Weisse: Progr. cont. ill. Scabinatus Lipsiensis origines, Lips. 1816.

51) Vgl. auch Dep. A. von 1600 §. 16 („an zwei oder drei Rechtsgelehrte").

die Universitäten, an welche die Acten versandt werden können.[52] In mehreren Territorien ist jedoch die Actenversendung ganz verboten.[53] Wo aber solche Verbote nicht vorliegen, ist sie erstens als statthaft zu betrachten, wenn beide Parteien darauf antragen,[54] sodann auf Antrag einer Partei in Sachen, die an ein gemeinschaftliches O. A. Gericht gebracht sind,[55] früherhin beim Gebrauch der die Appellation an das R. K. Gericht vertretenden gemeinrechtlichen Revision[56] und nach der Praxis überall, „da erhebliche Ursachen verhanden wären;"[57] endlich selbst ohne Antrag unter Umständen, welche es dem Richter wünschenswerth machen, der eignen Urtheilsfällung enthoben zu sein.[58]

Auf die Wahl des Spruchcollegium haben die Parteien nur insoweit Einfluß,[59] als jeder von ihnen das jus eximendi, d. h. das Recht zusteht, drei der wählbaren Collegien ohne Angabe von Gründen, und aus zutreffenden Gründen noch andere zu recusiren.[60] Haben sie zur Ausübung dieses Rechts Gelegenheit erhalten, so werden die in ihrer Gegenwart inrotulirten[61] Acten vom Richter mit dem Ersuchen um Abfassung des Urtheils an eins

---

52) Deutsche B. A. vom 8. Juni 1815 Art. 12 (— „Verschickung der Acten auf eine deutsche Facultät oder an einen Schöppenstuhl").

53) Z. B. in Preußen, Baiern, Württemberg, Baden, Hessen, Lübeck. Vgl. Sartorius a. a. O. XIV. S. 244 Note 2.

54) Arg. R. A. von 1570 §. 85, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 4 §. 15.

55) Deutsche B. A. Art. 12, B. T. Protoc. IV. S. 104 fg.

56) „Auf den Fall die Summa nicht appellabel." Vgl. Dep. A. von 1600 §. 16, J. R. A. §. 113. Nach dem ersten dieser Gesetze war die Actenversendung nicht nothwendig, die Obrigkeiten und Herrschaften, an welche die Beschwerden per viam supplicationis gebracht werden würden, sollten per modum revisionis ex eisdem actis selbst endlich erkennen, und nur aus erheblichen Ursachen die Acten versenden; der J. R. A. dagegen schweigt von dieser besonderen Voraussetzung.

57) Nach Analogie des Dep. A. von 1600 §. 16. Aehnlich sind auch die Voraussetzungen bestimmt (nur mehr negativ), unter denen die P. H. G. O. Art. 219 dem Ankläger und dem Inculpaten „um Rathsuchung" zu bitten gestattet. Ueber die Praxis vgl. Sartorius a. a. O. XIV. S. 250.

58) „Nach Gelegenheit der Sache." Vgl. Dep. A. von 1600 §. 16. Ebenso im Criminalproceß nach P. H. G. O. Art. 219. Im Uebrigen vgl. Berg: Jurist. Beobachtungen I. S. 368, Gönner: Handbuch I. 4 §. 5, Sartorius a. a. O. XIV. S. 250.

59) Das Wahlrecht des Richters wird aus den verschiedensten Zeiten von Maranta: Spec. aur. VI. 1 de sent. nr. 13, Carpzov: Proc. jur. XVI. 1 nr. 35, 36, Sartorius S. 252 bezeugt. Für das ältere italienische Recht vgl. Wach a. a. O. I. S. 193.

60) Elsäßer a. a. O. §. 17—19, Sartorius S. 253. Aehnlich bereits das „dare suspectos" bei Rolandinus l. c., Durantis l. c. nr. 3. Das von einer mit Recht verbetenen Spruchbehörde abgefaßte Urtheil leidet an unheilbarer Nichtigkeit. Vgl. Fitting im Arch. für civ. Pr. XLVII. 14.

61) J. R. A. §. 113.

der übrigen Spruchcollegien versandt. Das erwählte Spruchcollegium tritt zu den Parteien in keinerlei Beziehung, bleibt ihnen sogar bis zur Publication des erbetenen Urtheils verschwiegen; es hat keine andere Aufgabe, als auf die Acten, wie sie liegen, zu erkennen, und stellt das Urtheil nicht auf seinen, sondern auf des versendenden Gerichts Namen, unter Beifügung des Zusatzes „auf Rath auswärtiger Rechtsgelehrten". Das versendende Gericht aber ist, obwohl es das Urtheil mit den angehängten Entscheidungsgründen[62] in eignem Namen publicirt,[63] weder zur Zurückhaltung, noch zur Abänderung desselben berechtigt; Abänderungen sind ihm nur bei Vernachlässigung der üblichen Proceßformen erlaubt.[64]

Die durch die Actenversendung entstehenden Kosten müssen von den Parteien vorgeschossen werden, und zwar von einer Partei allein, wenn sie dieser unter allen Umständen verbleiben, von beiden zu gleichen Theilen, nicht bloß wenn sie beiden doch schließlich zur Last fallen, sondern auch wenn sie der einen oder anderen ganz können auferlegt werden. Für die Verurtheilung in diese außerordentlichen Kosten aber sind folgende Regeln entscheidend. 1. Hat eine Partei die Versendung der Acten erbeten, so muß sie auch die Kosten derselben tragen, sofern die Gründe, auf die sie ihre Bitte gestützt, nicht rein objective, d. h. vom Gesetz ausdrückich gebilligt oder doch so beschaffen sind, daß sie vom Richter schon ex officio hätten berücksichtigt werden müssen. 2. Dasselbe Princip, nur in der Anwendung modificirt, findet Statt, wo der Antrag von beiden Parteien gemeinsam ist gestellt worden. Dagegen sind 3. diese Kosten von den übrigen Proceßkosten nicht zu sondern, wenn der Richter nach gesetzlicher Vorschrift oder eignem Ermessen, die Acten von Amts wegen versandt hat, oder hätte versenden sollen.[65]

---

62) J. R. A. §. 61.

63) R. A. von 1570 §. 85 [„— doch sollen sie das verfaßte Urtheil in ihrer selbst Namen eröffnen und aussprechen"], Conc. der K. G. O. von 1613 II. 4 §. 15.

64) Z. B. der Fristbestimmungen, der Androhung von Rechtsnachtheilen u. s. w. — Ueber das ganze bei der Actenversendung zu beobachtende Verfahren gibt Elsäßer a. a. O. eingehende Regeln.

65) So schon im Wesentlichen die P. H. G. O. Art. 219. Vgl. Bayer: Vorträge S. 287, welcher die richtige Bemerkung macht, daß wenn das erkennende Gericht für die Urtheilsfällung Gebühren erhoben haben würde, die durch die Actenversendung gespart werden, um eben so viel die Transmissionskosten zu mindern seien, wenn diese, nicht aber die übrigen Kosten der Instanz dem Antragsteller zur Last fallen.

II. Die richterliche Cognition nun, wie sie bisher bestimmt worden ist, concentrirt sich nicht in einem einzigen Act, sondern erzeugt eine ganze Reihe von Handlungen, und schließt sich nur in einem Hauptact, dem Endurtheile ab.

1. Das **Endurtheil** (sententia) ist das Ziel des Verfahrens, wie die Litis Contestation dessen Grundlage ist. Dadurch, daß die Parteien in der L. C. Klagbitte und Gegenbitte einander gegenüber gesetzt haben,[66] ist dem Richter die concrete Aufgabe gestellt, zu entscheiden, ob die Bitte des Klägers um **Anerkennung**, oder die des Verklagten um **Aberkennung** des streitigen Rechts begründet sei. Und diese Entscheidung, gleichsam die Antwort auf eine an ihn gerichtete Frage, ertheilt er durch das Endurtheil. Das Endurtheil bewegt sich demnach im Anschluß an die L. C. zwischen einer einfachen Alternative. Es muß

a. eine **negative** Entscheidung, d. i. eine **Freisprechung** des Verklagten (absolutio ab actione) enthalten, wenn der Beweis des Klagrechts mißlungen,

b. eine **positive** Entscheidung, d. i. eine **Verurtheilung** (condemnatio), wenn derselbe erbracht worden ist. Von einer Verurtheilung kann zwar genau genommen nur da die Rede sein, wo es sich um die Verpflichtung zu einer Leistng handelt, im Gegensatz zur Adjudication und Anerkennung eines absoluten Rechts; gleichwohl gebraucht man den Ausdruck in Ermangelung eines anderen auch in jener allgemeineren Bedeutung.

2. Die übrigen unter den Begriff der richterlichen Cognition fallenden Handlungen werden im Begriff der **Proceßleitung** zusammengefaßt. Sie entsprechen derjenigen Parteithätigkeit, welche der L. C. theils vorausgeht und deren Abschluß herbeizuführen bezweckt, theils aus ihr hervorgeht und das Endurtheil vorbereiten soll. Dieser Thätigkeit gegenüber äußert sich die Proceßleitung entweder

a. **negativ**, indem der Richter Parteianträge zurückweist, welche dem Ziel des Verfahrens nicht entsprechen, oder

b. **positiv** darin, daß er sich durch geeignete Anträge bestimmen läßt, das Verfahren zu einer weiteren Stufe fortzuführen.

So allgemein muß vorläufig die Aufgabe der Proceßleitung bestimmt werden. Es liegt aber auf der Hand, daß wie im End-

---

66) Ueber diesen Begriff der L. C. vgl. §. 14.

urtheil schlechthin, so in der Proceßleitung vorzugsweise nur der eine Bestandtheil der richterlichen Cognition hervortritt, die Beurtheilung des von den Parteien vorgelegten Materials. Denn die Wahrnehmung der Thatsachen ist als eine receptive Thätigkeit nicht nach Außen gerichtet, sie ist vielmehr die Voraussetzung der Beurtheilung. Demnach unterscheidet sich die Proceßleitung vom Endurtheil nicht sowohl an sich, als durch ihr Substrat. Das Endurtheil bezieht sich auf die L. C. zurück, die Proceßleitung auf die übrigen Vor- und Anträge der Parteien.

Diesem Verhältniß entspricht es, daß die Betrachtung der Proceßleitung vorangestellt wird.

Die Proceßleitung.*

§. 45.

Die proceßleitende Thätigkeit des Richters wird gewöhnlich nur nach ihren einzelnen Anwendungen im Zusammenhang mit der formalen Gestaltung des Verfahrens dargestellt, und es ist wahr, daß sich dadurch eine Anschaulichkeit erreichen läßt, welche an dieser Stelle des Systems kaum möglich ist. Allein eine Erschöpfung aller denkbaren Fälle kommt dabei keineswegs zu Stande; vollständig und umfassend kann die Proceßleitung nur von ihren Principien aus dargestellt werden.

Es ist früher gezeigt worden, daß der Richter nicht thätig werde ohne einen von den Parteien ausgehenden Impuls, daß er aber alle auf den regelmäßigen Fortschritt des Verfahrens bezüglichen Gesuche zu subintelligiren habe. Fragen wir nun, in welcher Weise er sich durch die einzelnen Parteihandlungen, die den Abschluß der L. C. betreffen und weiterhin das Endurtheil vorbereiten sollen, sachlich bestimmen lasse, so versteht sich von selbst, daß er vor Allem die Zulässigkeit derselben prüfen müsse. Dabei ist auf zwei Puncte zu achten, einerseits auf die processualischen Vor-

*) J. H. Boehmer: J. E. P. I. 32. Hagemeister: Anleitung zur mündl. Instruction der Processe, Greifsw. 1814. W. H. Puchta: Das Proceßleitungsamt des deutschen Civilrichters, Gießen 1836. Zum großen Theil schlägt auch der Aufsatz Gönner's: Handbuch I. 10: Ueber das Verhältniß der positiven Thätigkeit des Richters zu der Willkühr der Parteien bei Verhandlung eines Rechtsstreits, oder Behandlnng der Frage, was kann der Richter von Amts wegen bei einem Rechtsstreit? — in den vorliegenden Gegenstand ein. — Die Belege für den Inhalt dieses §. sind, wo sie nicht besonders angeführt werden, dem §. 43 zu entnehmen.

aussetzungen und Formen, andererseits auf den Inhalt der Parteihandlungen. Jene sind von der verschiedensten Art; sie kommen zum Theil bei jeder Handlung in Betracht, wie die Verwendung des Stempels, die Unterschrift des Anwalts (bei schriftlichen Eingaben), theils nur bei einzelnen Handlungen, wie die Wahrung der Nothfristen, theils überhaupt bloß einmal für den ganzen Lauf des Verfahrens (Proceßvoraussetzungen) und deshalb bei den ersten einleitenden Acten, wie die Competenz des Gerichts, die legitimatio ad processum, die Wahl der zutreffenden Proceßart, die Ableistung des generellen Calumnieneides, die Stellung der dem Kläger obliegenden Cautionen. Für den Inhalt der einzelnen Proceßhandlungen dagegen ist überall das Verhältniß entscheidend, in welchem dieselben zu dem durch die L. C. bezeichneten Ziel des Verfahrens stehen. Dieser Maaßstab ist schon gleich an den positiven Bestandtheil der L. C., die Klagbitte, zu legen, welche zu einer Verurtheilung des Verklagten nur führen kann, wenn sie „in den Rechten," d. h. im römischen, canonischen oder deutschen Recht gegründet ist. Ferner an die Thatsachen, durch welche der Kläger die Klagbitte, der Verklagte die Gegenbitte zu begründen und aufrecht zu halten sucht, so wie an den Antritt des Beweises über die geleugneten Thatsachen (namentlich auch in Beziehung auf die Erschöpfung des Beweisthemas durch die gewählten Beweismittel), an die Beweiseinreden, die producirten Beweismittel. Und endlich an alle außerordentlichen Anträge, die in den regelmäßigen Gang des Verfahrens eingreifen, wie Fristerstreckungs- und Restitutionsgesuche, Interventionen, Litis-Reassumtionen, Provocationen, die vom Kläger ausgehenden Cautions- und Arrestgesuche, die Gesuche um Ertheilung des Armenrechts und Beiordnung eines Armenanwalts u. s. w.[1] Sofern nun

1. die Handlung einer Partei ihren formellen oder materiellen Erfordernissen nicht genügt, muß sie zurückgewiesen werden. Jedoch erfolgt die Zurückweisung nicht immer sofort; es ist dabei sowohl die Beschaffenheit des Mangels als die unter Umständen nothwendige oder wenigstens mögliche Verbindung processualisch verschiedener Handlungen in einem Act zu berücksichtigen. Die sofortige Zurückweisung findet Statt a. wegen formeller Mängel ohne Rücksicht auf den Inhalt, und b. wegen materieller Mängel,

1) Diese außerordentlichen Anträge sind bereits an verschiedenen Orten des Systems besprochen worden, und werden zum Theil noch zu erörtern sein.

wenn eine Handlung in Frage steht, welche ihrer objectiven Bestimmung nach einen reinen Angriff enthält, einerlei ob sie durch richterliche Auflage hervorgerufen ist (wie die provocirte Klage, der Beweisantritt), oder nicht (wie die Klage, die Executions- und Contumacialanträge, die außerordentlichen Gesuche). Dagegen werden wegen bloß materieller Mängel nicht sofort zurückgewiesen diejenigen Handlungen, welche zur Vertheidigung bestimmt sind, und deshalb immer durch eine richterliche Auflage hervorgerufen sein müssen. In ihnen bildet die über den vorangegangenen Angriff geforderte Erklärung den wesentlicheren Bestandtheil, und ist diese ungenügend, so treten überhaupt andere Folgen, die Contumacialnachtheile, ein. Eben darum aber können die unbegründeten Gegenangriffe, welche daneben etwa versucht sein sollten, nicht zur Verwerfung der Handlung im Ganzen führen, finden vielmehr, soweit sie unbegründet sind, ihre Abfertigung in dem nächsten der Rechtskraft fähigen Erkenntniß. Uebrigens kann, bis dieses erfolgt ist, die Zurückweisung auch in denjenigen Fällen immer noch ausgesprochen werden, in welchen sie sofort hätte erfolgen können und sollen, ja selbst späterhin ist sie wenigstens dann nicht gehindert, wenn der in Frage stehende Mangel das ganze Verfahren ungültig macht.

Nach dem Gesagten bedarf es eines Antrags der Gegenpartei nicht, um den Richter zur Abweisung ungeeigneter Angriffe zu veranlassen; eine Klage, die an formellen oder materiellen Mängeln leidet, muß zurückgewiesen werden,[2] ohne daß der Verklagte Gelegenheit zur Vertheidigung erhält, und ohne daß er, falls ihm diese dennoch gegeben sein sollte, überhaupt sich eingelassen, oder in seiner Erklärung den fraglichen Mangel (durch die sehr un-

---

2) Ganz — R. A. von 1570 §. 80, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 22 §. 10 —, oder theilweise — D. A. von 1600 §. 30, Conc. von 1613 I. 22 §. 11 —. Theilweise, wenn sich der fragliche Mangel nicht auf den ganzen Inhalt der Klagbitte bezieht, wie z. B. wenn der Kläger um Anerkennung des Eigenthums an einem Grundstück bittet, und das Eigenthum an der einen Quote durch Vermächtniß, an der anderen auf dem Wege der Auseinandersetzung erworben haben will, und in der einen oder anderen Richtung die vorgetragenen Thatsachen zur Begründung des Eigenthums ungenügend sind. Jedoch wird es sich häufig empfehlen, daß die Mittheilung der Klage, soweit sie begründet ist, bis auf weiteren Anruf ausgesetzt wird, damit der Kläger den fraglichen Mangel verbessern und die Klage dann doch im Ganzen durchfühen könne. Niemals aber sollte man eine Klage, die in der Hauptsache zugelassen wird, bloß in Betreff der nicht mit einer selbständigen Klage verfolgbaren Nebenleistungen gleich a limine judicii zurückweisen, weil man dadurch den accessorischen Anspruch von der Bedingung seines Daseins trennt.

eigentlich s. g. exc. deficientis legitimationis ad processum, exc. libelli inepti u. s. w.) gerügt zu haben braucht. Indeß bei der Klage und anderen eine neue Instanz einleitenden Anträgen verhält sich dies mitunter insofern anders, als denselben Mängel anhaften können, welche nicht schon aus dem Antrage selbst hervorleuchten, wie der Mangel der legitima persona standi in judicio, die Inhabilität des Richters, oder auch wenn sie es thun, ihrer besonderen Natur nach nur auf Verlangen des Verklagten zu beachten sind, wie die Verdächtigkeit des Richters, der Mangel der cautio pro expensis vel pro reconventione. Die Thatsachen, welche zur Nachweisung solcher Mängel dienen, hat der Verklagte nach erfolgter Mittheilung der Klage vorzutragen und nöthigenfalls zu beweisen, um die ihm angesonnene Einlassung auf den Proceß von sich abzuwenden; sie haben also den Character wirklicher Einreden (im Sinne des §. 17) mit dilatorischer Wirkung, gehören aber gleichwohl nicht zu den dilatorischen Exceptionen,[2a] sondern sind „Proceßeinreden", weil sie die Existenzbedingungen des intendirten Rechtsstreits, und nicht das eigentliche Streitverhältniß betreffen.[3] Die nur auf Verlangen des Verklagten zu berücksichtigenden Mängel zeichnen sich lediglich dadurch aus, daß sie durch Verzicht geheilt werden und sich deshalb nach der L. C. nicht mehr geltend machen lassen, während auf die übrigen bis zum Schluß des Verfahrens recurrirt werden kann.

Die Feststellung einer dieser Proceßeinreden nun hat eben so wie ein aus dem Klaglibell selbst ersichtlicher Mangel den Erfolg, daß die Klage in der Art, wie sie angebracht worden ist, oder unter Umständen auch mit speciellerer Angabe des Grundes, z. B. „bei diesem Gericht", abgewiesen wird (absolutio ab instantia),[4] wodurch ausgedrückt sein soll, daß die Zulassung der Klage erst nach Beseitigung des gerügten Mangels erfolgen könne, oder mit anderen Worten, daß dem Kläger die bessere Klagestellung vorbehalten sei. Eben deshalb ist diese Form der Abweisung da unzulässig, wo die angestellte Klage der Verbesserung unfähig erscheint, weil sie in den Rechten („rechtlich") nicht begründet ist. Hier muß ausnahmsweise eine definitive Abweisung eintreten.[5] Dagegen

---

2a) Vgl. darüber §. 14 Note 95 fg., bes. Note 111.
3) Vgl. Bülow: Proceßeinreden S. 293 Note 45.
4) C. 15 X. de jud. (2, 1).
5) Einen Fall dieser Art behandelt c. 3 X. de emt. et vend. (3, 17), wo

sind umgekehrt gewisse Proceßeinreden von der Art, daß sie nicht wohl die sofortige Abweisung der Klage herbeiführen können, sondern den Richter veranlassen müssen, dem Kläger zuvor Gelegenheit zur Nachbringung des durch sie desiderirten Erfordernisses zu geben. Dahin gehören namentlich die exc. deficientis cautionis pro expensis und die exc. deficientis cautionis pro reconventione. Denn durch diese und ähnliche Einreden wird der Mangel einer processualischen Voraussetzung monirt, deren Berichtigung dem Kläger nur auf Grund ausdrücklichen Verlangens obliegt. Nicht empfehlen aber würde es sich, wenn der Richter dasselbe Verfahren auch zur Heilung sonstiger processualischer Mängel benutzen wollte. Es würde dadurch der Gegner in eine unsichere Stellung gebracht, der rasche und feste Gang des Verfahrens gehemmt, und der Indolenz sorgloser Anwälte eine unverdiente Nachsicht bewiesen werden. Jedoch darf der Richter, wenn er den correcteren Weg mit Strenge einhalten will, nicht versäumen, die Klage schon vor ihrer Mittheilung allseitig zu prüfen; hat er sie einmal zur Verhandlung zugelassen, so thut er allerdings besser, durch entsprechende Auflagen noch nachträglich auf die Heilung der zu spät entdeckten Mängel hinzuwirken, als jetzt ohne Weiteres zur Abweisung der Klage zu schreiten. Inwiefern dieses Verfahren auch auf materielle Mängel der Klage anwendbar sei, bestimmt sich nach den von der Klagverbesserung geltenden Grundsätzen.

2. Wenn andererseits eine Parteihandlung vorliegt, welche allen Anforderungen genügt, so wird sie den Richter gleichwohl selten in die Lage setzen, sofort endlich in der Sache zu entscheiden. Von der Contumacia und dem Mißlingen eines auferlegten Beweises abgesehen, ist ein Endurtheil nur möglich auf Grund feststehender, d. h. zugestandener oder bewiesener Thatsachen, vorausgesetzt, daß es bereits zur L. C. gekommen ist. Denn wenn der Verklagte die Klagbitte geradezu oder mittelbar dadurch zugesteht, daß er in der Klagbeantwortung, ohne wirkliche Einreden vorzuschützen, die Klagthatsachen als wahr anerkennt, sollte er etwa auch deren Schlüssigkeit aus unhaltbaren Gründen bestreiten, so ist nicht sowohl ein Rechtsstreit zu entscheiden, als durch eine declaratorische Sentenz das, was geschehen, zu con-

jedoch dem Kläger andere auf dasselbe Rechtsverhältniß bezügliche Klagen vorbehalten werden, — ein Vorbehalt, welcher in solchen Fällen, auch ohne ausgedrückt zu sein, immer zu subintelligiren ist.

statiren.[6] Die regelmäßige Folge zulässiger Parteihandlungen muß also eine weitere proceßleitende Verfügung (in Form einer Auflage) sein, welche, obschon nach Lage der Sache verschieden, doch im Wesentlichen durch den Grundsatz des gegenseitigen Gehörs bestimmt wird.

a. Jede Behauptung von Thatsachen, welche die Klagbitte oder Gegenbitte zu begründen und aufrecht zu erhalten bezweckt, soll den Richter veranlassen, dem Gegner Gelegenheit zu seiner Vertheidigung, d. i. zum Bestreiten der behaupteten Thatsachen und zu selbständigen Gegenangriffen zu geben. Ferner macht

b. das Leugnen von Thatsachen einen Beweis nothwendig, und führt mithin zu einer Beweisauflage, wobei der directe Gegenbeweis immer als stillschweigend vorbehalten betrachtet wird.

c. Die Beweisführung zerfällt in zwei Stadien, das des Beweisantritts und das der Production der Beweismittel. Durch den Beweisantritt werden die Beweismittel benannt und die einfachen (unmittelbar wahrnehmbaren) Thatsachen bezeichnet, zu deren Beweis jene dienen sollen, durch die Production werden die Beweismittel selbst vorgelegt. Beiden Handlungen gegenüber ist eine Vertheidigung möglich und eben darum dem Probaten zu gestatten. Die Erklärung des Probaten auf den Beweisantritt namentlich kann sich gegen die Tauglichkeit und Kraft der gewählten Beweismittel richten, und enthält sie ihrerseits selbständige Angriffsmomente, so muß sie wiederum dem Probanten zur Erklärung mitgetheilt werden. Sind diese Verhandlungen erledigt, so verfügt der Richter die Production der als geeignet befundenen Beweismittel, behält jedoch dem Probaten diejenigen Vertheidigungsgründe vor, welche derselbe nicht schon dem Beweisantritt mit genügender Sicherheit entgegenzusetzen im Stande war (z. B. die Erklärung über die Aechtheit der Urkunden, und unter Umständen über die Verdächtigkeit der Zeugen). Zu deren Beibringung hat er also nach geschehener Production den Probaten aufzufordern, und dann nöthigenfalls auch den Probanten mit seiner Gegenerklärung zu hören. Wie sich dies im Einzelnen nach Verschiedenheit der Beweismittel gestaltet, ist früher bei deren Darstellung hervorgehoben worden. Etwas Besonderes ist es, daß über den Inhalt der Zeugenaussagen und anderer Beweismittel gegenseitige Verhandlungen (zum

---

6) S. §. 14 Note 13.

Zweck der Impugnation und Salvation) eingeleitet werden, auch wenn eigentliche Vertheidigungsgründe (im Gegensatz zu bloßen Deductionen) nicht mehr rückständig sind.[7] — Der Gegenbeweis hält im Ganzen denselben Schritt, wie der Hauptbeweis.

d. Die Unvollständigkeit des geführten Beweises endlich nöthigt den Richter zur Auflegung des Ergänzungs- oder Reinigungseides.

Damit sind jedoch die positiven Functionen der Proceßleitung noch keineswegs erschöpft. Es kommen Fälle vor, für welche die aufgestellten Gesichtspuncte nicht passen, und doch auch keine andere allgemeine Regel gegeben werden kann. Wir wollen sie irreguläre Fälle nennen. Zu diesen gehört zunächst 1. die Vorladung der denominirten und die Abhörung der producirten Zeugen. Jene entspringt aus dem Gerichtszwang, welcher hier im Interesse des Probanten verwandt wird, diese läßt sich als eine qualificirte, d. i. durch eine äußere Thätigkeit bedingte Wahrnehmung betrachten, und ähnelt der Abnahme eines Schiedseides. Sodann 2. die Verfügung auf die außerordentlichen Anträge, welche im Lauf des Processes gestellt werden, und einer Klage zu vergleichen sind, obwohl mit dem Unterschiede, daß sie sich der Hauptbitte des Imploranten unterordnen. Für diese theils schon besprochenen, theils noch zu besprechenden Anträge[8] ist bereits die allgemeine Regel aufgestellt worden, daß die sie begründenden Thatsachen liquide sein müssen.[9] Sind sie überhaupt rechtlich begründet, so ergibt sich der Inhalt der auf sie zu ertheilenden Verfügung von selbst. Bei einigen derselben, z. B. bei der accessorischen Bitte um Arrestanlage, fällt wieder die Heranziehung des Gerichtszwangs ins Auge. Endlich ist 3. durch besondere Vorschrift[10] dem Richter (erster Instanz) zur Pflicht gemacht, „den Parteien in zweifelhaften Sachen nicht allein vor angefangenem Rechtsstand und Litis Contestation, sondern auch in quacunque parte judicii durch alle dienlichen Mittel und Wege, auch schiedliche Erinnerung in Güte von einander zu setzen, und hierdurch alle weitläuftige kostspielige Rechtfertigung zu verhüten;"

---

7) Vgl. §. 70 Note 48, 51.

8) S. Note 1.

9) S. §. 21 Note 11.

10) J. R. A. §. 110, 133, R. H. R. O. von 1654 tit. 2 §. 5. Vgl. darüber Hagemeister a. a. O. §. 35 fg., Puchta: Die Grenzen des Richteramtes §. 3.

jedoch soll er, „ehe denn er die Güte den Parteien vorschlägt, vorhero in den Sachen sich informiren, und sein Ansehn bei diesen gütlichen Vergleichen dahin jederzeit sorgfältig stellen, damit die eine öffentlich ungerechte Sache führende Partei zu demselben nicht gelassen, noch der rechthabende Theil damit beschweret, noch auch die Justiz wider des andern Theils Willen verzogen werde." Er muß dieserhalb die von Procuratoren vertretenen Parteien zu persönlichem Erscheinen vorladen können, und jedenfalls bedürfen die Procuratoren eines speciellen Mandats.[11]

Einen sehr untergeordneten Einfluß übt auf die Proceßleitung die Form des Verfahrens. Da, wo terminliche Verhandlungen Statt finden, haben immer beide Parteien das Recht zu erscheinen, und müssen deshalb beide zu jedem Termin geladen werden. Bloß gestattet aber, nicht befohlen wird einer Partei das Erscheinen, wenn sie zu handeln nicht veranlaßt ist (citatio monitoria), während an diejenige Partei, welche in dem anberaumten Termin eine Handlung vornehmen soll, die Ladung in Form eines Befehls ergeht (citatio arctatoria).[12] Wenn dagegen in Fristen und mittelst schriftlicher Eingaben verhandelt wird, sind die erforderlichen Auflagen nur an eine Partei zu richten, der anderen wird Nachricht davon gegeben. Auch nimmt im terminlichen Verfahren von dem, was die eine Partei mündlich oder in schriftlichem Recesse vorträgt, die andere unmittelbar Kenntniß, und verlangt sie Abschrift des Protocolls oder des zum Protocoll gegebenen Recesses, so bedarf es zur Bewilligung derselben eines besonderen Decrets. Im schriftlichen Verfahren dagegen ist eine Abschrift oder das duplum einer jeden Eingabe, die nicht sofort zurückgewiesen wird, sammt den die Sache betreffenden Beilagen ex officio dem Befehle, den sie hervorruft, anzufügen, und, wenn sie einen solchen nicht nothwendig macht (wie etwa die Duplikschrift), einfach „zur Nachricht" mitzutheilen (decretum communicativum).[13]

---

11) S. §. 10 Note 18.

12) Eine andere Frage ist, inwiefern der mittelst einer arctatorischen Citation angedrohte Rechtsnachtheil gegen den Geladenen realisirt werden kann, ohne daß der Gegner in dem angesetzten Termin erscheint. Vgl. auch §. 49 init.

13) Das Nähere gehört in die Lehre von der Form des Verfahrens.

Das Endurtheil.*

§. 46.

Kein Endurtheil ist denkbar ohne vorausgegangene Litis Contestation. Weder die Abweisung der Klage in der Art wie sie angebracht ist (absolutio ab instantia), noch die auf die confessio in jure ergehende declaratorische Sentenz kann als Endurtheil betrachtet werden. Die letztere insbesondere hat nur den Effect, nicht den Character eines Endurtheils.[1] Andrerseits muß die L. C., wenn einmal vorgenommen, regelmäßig ein Endurtheil zur Folge haben. Denn kann das behauptete Klagrecht bewiesen werden, so hat der Kläger einen Anspruch auf die Verurtheilung des Verklagten, im entgegengesetzten Fall hat der Verklagte einen Anspruch auf die Abweisung des Klägers (absolutio ab actione). Hieran ändert sich auch dadurch nichts, daß der aus der L. C. entstandene Anspruch des Klägers in irgend einer Weise erlischt, z. B. wegen Zahlung, Acceptilation, zufälligen Untergangs des Streitobjects, Vergleichs, indem der Verklagte diesen neuen Vertheidigungsgrund vorzuschützen hat, um seine Verurtheilung abzuwenden oder wenigstens auf Accessionen, Früchte und Proceßkosten zu beschränken.[2] Nur in wenigen Fällen wird das Urtheil selbst unmöglich, nämlich erstens, wenn sich die Parteirollen in einer Person vereinigen,[3] sodann wenn seit der letzten gerichtlichen Handlung vierzig Jahre abgelaufen sind,[4] und drittens wenn die Parteien durch übereinstimmenden Antrag auf das Endurtheil

---

*) Tit. Dig. 42, 1 de re jud. (et de effectu sententiarum) et de interlocutionibus. C. Theod. 4, 16 de re jud. 18 de fructibus et litis expensis. 19 de usuris rei judicatae. Cod. 7, 45 de sententiis et interlocutionibus omnium judicum. 46 de sententia quae sine certa quantitate profertur. 47 de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur. 51 de fruct. et litium expensis. 52 de re judicata. X. 2, 27. Lib. VI. 2, 14. Clem. 2, 11 de sententia et re judicata. — Oldendorp: De sent. et re judicata (sub finem Var. lectionum), Colon. 1570. Zanger: Comm. in libri II. Decr. titulos de sent. et re judicata, de appellationibus etc. Viteb. 1620, 1661. Scaccia: De sententia et re jud., Genev. 1670, 1671. Savigny: System VI. §. 284—294.

1) S. §. 14 Note 13—16.

2) S. §. 14 Note 66—68, wo sich die Belegstellen finden.

3) S. §. 5 Note 4a.

4) L. un. §. 1 C. Th. de act. certo temp. fin. (4, 14), l. 9 C. de praescr. XXX vel XL ann. (7, 39), l. 1 §. 1 C. de ann. exc. Ital. contr. (7, 40) und dazu Buchka: Die Lehre vom Einfluß des Pr. II. S. 52—62, welcher insbesondere auch über das Verhältniß dieser Verjährung zu den Bestimmungen der l. 13 C. de jud. (3, 1) zu vergleichen ist.

verzichten.[5] Welche Veranlassung dieser Verzicht hat, ob Zahlung, Vergleich, Erlaß oder was sonst, und ob er das Klagrecht selbst betrifft, oder nur die Instanz (das bisherige Verfahren), die erneute Anstellung der Klage also offen läßt, ist für den Richter gleichgültig. Dagegen hat der einseitig ausgesprochene Verzicht, d. h. die Erklärung einer Partei den Proceß nicht fortsetzen zu wollen, keine gleiche Wirkung. Dies leuchtet sofort ein, wenn man an den Verklagten denkt, welcher selbst nach vollständiger Befriedigung des Klägers nicht sowohl auf den Proceß verzichten, als der geleisteten Zahlung wegen um seine Absolution bitten kann.[6] Ausgehend aber vom Kläger würde eine solche Erklärung, wenn auf das Aufgeben der Instanz beschränkt, dem Verklagten unmöglich den durch die L. C. einmal begründeten Anspruch auf völlige Absolution und Ersatz der Kosten entziehen können, und wenn sie zugleich das Klagrecht umfaßte, ihrerseits den Anspruch des Verklagten auf völlige Absolution liquide stellen, den auf Kostenersatz aber wenigstens nicht ausschließen.[7]

---

5) Daß l. 10 D. de jud. (5, 1) und l. 21 D. de minor. (4, 4) nicht hierher gehören, sondern sich auf den Criminalproceß beziehen, ergibt die Vergleichung mit l. 13 D. ad S. C. Turp. (48, 16). Die sonst noch vom Verzicht auf einen anhängigen Proceß handelnden Stellen — l. 20 §. 1 D. de minor. (4, 4), l. 30 D. eod., l. 4 C. de pact. (2, 3) — berühren die processualischen Wirkungen nicht, und lassen es zudem zweifelhaft, ob sie an einen übereinstimmenden Parteiantrag, oder an einen einseitigen Verzicht des Klägers (Note 7) denken.

6) Arg. l. 11 D. jud. solvi (46, 7).

7) Daß im Falle des Verzichts des Klägers jedenfalls noch über die Kosten erkannt werden muß, beweist trotz Renaud's: Lehrb. S. 195 Note 15 unbegründetem Widerspruch l. 5 §. 1 (rest.) C. de fruct. et lit. exp. (7, 51): „Si quis vero conventus bona fide solverit, aut actor lite destiterit, aut etiam judex inveniat eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem, hic evitabit impensarum condemnationem“. Ueber die Stellen der Note 5 vgl. Donellus: Comm. jur. civ. XXIII. 5 nr. 5 sequ. und Comm. ad l. 3 C. de edendo nr. 20 sequ., und über das Ganze, so wie über die Ansichten früherer Juristen Buchka a. a. O. II. S. 102 fg. Mit dem Text stimmen auch die Erk. des O. A. G. zu Dresden und Oldenburg bei Seuffert: Archiv XXIII. 73 init., XXIX. 275, und (wiewohl mit der principiell nicht zu rechtfertigenden Modification, daß jede „proceßordnungsmäßige auf den rechtlichen Austrag provocirende Vertheidigung gegen die Klage“, z. B. selbst forideclinatorische Einreden der L. C. gleichstehen sollen) Emminghaus im Archiv für pract. R. W., N. F. V. 2 überein. Dagegen nimmt Planck: Die Lehre von dem Beweisurtheil S. 354 Note 2 an, nicht die L. C., sondern erst das Beweisurtheil hindere den Kläger an der einseitigen Zurückziehung der Klage, muß jedoch zugleich anerkennen, daß die L. C. — oder wie er es für richtiger hält, die Mittheilung der Klage — dem Verklagten ein Recht auf die Fortsetzung des Verfahrens gibt, und geräth damit in einen bedenklichen Widerspruch, den er eher verschärft, als aufhebt, wenn er eine Verletzung dieses Rechts zwar in der Unthätigkeit des Klägers, nicht aber in dessen ausdrücklichen Verzicht auf die Klage gesehen wissen will. Allerdings aber haben sich sowohl die Particularrechte, als die gemeinrechtliche Theorie und Praxis vielfach von der Auffassung

Wenn nun die von den Parteien behaupteten relevanten Thatsachen zugestanden oder bewiesen worden sind, oder wenn sich herausgestellt hat, daß sie nicht bewiesen werden können, so ist die Sache zum endlichen Spruch reif. Die bei dessen Findung erforderliche geistige Thätigkeit ist von der proceßleitenden nicht wesentlich verschieden; sie faßt zusammen und schließt ab, was diese vorgearbeitet hat, und ist an die Resultate derselben insoweit auch formell gebunden, als sie die der Rechtskraft fähigen proceßleitenden Verfügungen als ihre unabänderliche Grundlage anerkennen muß. Nach der Praxis mancher Länder erhält dieses Bedingungsverhältniß sogar einen ganz bestimmten Ausdruck, indem in den Beweisinterlocuten die Beweisauflage in die Form einer der sofortigen Verurtheilung oder Freisprechung beigefügten Bedingung gefaßt wird,[8] was dem geschriebenen Recht in dem Fall entspricht, wo auf die Ausschwörung eines Haupteides zu erkennen ist.[9] Auch tritt jene innere Verwandtschaft darin hervor, daß unsere Gerichte die weit verbreitete neuere Vorschrift, wonach sie ihre Entscheidungen mit Gründen (rationes decidendi) belegen sollen,[10] überall da in Anwendung bringen, wo sie in der Lage sind, den Intentionen einer Partei entgegentreten zu müssen, also nicht bloß bei End-

des Textes entfernt. Vgl. die Nachweisungen bei Planck a. a. O., ferner Osterloh: Lehrbuch §. 122, und die Erk. der O. A. G. zu Wiesbaden, Darmstadt, Lübeck bei Seuffert VII. 107, X. 288, XVIII. 178, XX. 75.

8) Vgl. Planck a. a. O. S. 296 fg., welcher mit Recht hervorhebt, daß durch diese Formulirung an der Bedeutung des Beweis-Interlocuts Nichts geändert werde.

9) L. 11 C. de sent. et interl. (7, 45).

10) Das R. R. kennt Entscheidungsgründe — vgl. l. 9 pr., l. 17, 18 pr. D. de exc. rei jud. (44, 2), l. 1 §. 1, 2 D. quae sent. sine appell. (49, 8) und Savigny VI. S. 369 —, aber fordert sie nicht — l. 59 pr. D. de re jud. (42, 1) —, wogegen die Relation, welche der Unterrichter an den Oberrichter zu erstatten und in Abschrift dem Appellanten mitzutheilen hat, wenn er die Annahme der Appellation verweigert (später apostoli refutatorii genannt), den Grund dieser Weigerung enthalten soll. Vgl. l. 6 D. de appell. recip. vel non (49, 5), l. 18, 19 C. de appell. et cons. (7, 62). Ebenso nach C. R. Vgl. c. 16 X. de sent. et re jud. (2, 27). Eingehender beschäftigen sich die Reichsgesetze mit den rationes decidendi; solche sollen im Fall der Revision von den Urtheilern verhört, sollen von dem judex a quo mit und neben den actis prioribus zum K. G. verpitschiert eingeschickt, von den collegia juridica auf Erfordern des judex a quo ohne Entgelt ausgestellt, am R. H. R., wenn der Schluß wider den Re- und Correferenten gehen würde, zu Papier gebracht, und mit den Re- und Correlationen wohl verpetschiert jederzeit bei den Actis verwahrt werden. Vgl. K. G. O. von 1555 III. 53 §. 4, 9, J. R. A. §. 60, 61, R. H. R. O. von 1654 tit. 4 §. 18, tit. 5 §. 18. — Die regelmäßige Publication aber ist erst ein Resultat der neueren particularrechtlichen Praxis und Gesetzgebung. Vgl. auch den Bundesbeschluß vom 3. Aug. 1820 Art. 5, und Brinkmann: Ueber die richterlichen Entscheidungsgründe, Kiel 1826.

urtheilen, sondern unter Umständen auch bei proceßleitenden Verfügungen. In der That liegt die Eigenthümlichkeit der Endurtheile einzig und allein in ihrer Stellung zur L. C.; sie geben auf dieselbe eine nicht bloß hypothetische, sondern unbedingte Antwort, und wie die Parteien durch die L. C. erklären, was sie in der Sache selbst wollen, so spricht der Richter durch das Endurtheil aus, was ihnen gebührt. Die L. C. ist mithin in jeder Beziehung für das Endurtheil normirend; eben um deswillen bildet sie, wie bei ihrer Darstellung im Einzelnen gezeigt worden ist, die Grundlage des ganzen Verfahrens.[11]

Danach kann das Endurtheil, je nachdem es der Klagbitte oder der Gegenbitte entspricht, nur in der Verurtheilung oder in der Freisprechung des Verklagten bestehen.[12] Unbestimmte Urtheile (non liquet) sind nicht zulässig;[13] sollte der Beweis kein entschiedenes Resultat ergeben haben, so ist das juramentum necessarium da, um ihn zu ergänzen oder zu vernichten, und über zweifelhafte Rechtsfragen muß sich der Richter auf wissenschaftlichem Wege eine Ansicht zu bilden suchen.

1. Die Freisprechung des Verklagten, oder was dasselbe ist, die Abweisung der Klage erfolgt, falls der Klaggrund weder zugestanden noch bewiesen, oder falls eine Einrede liquide gestellt, d. h. zugestanden oder bewiesen worden ist, oder wenn im Fall der Liquidität beider das gleiche Verhältniß sich rücksichtlich der Repliken und Dupliken wiederholt. Ein Schlimmeres als die Freisprechung des Verklagten, d. i. als die Verneinung der Klagbitte kann dem Kläger nicht begegnen.[14] Den Kläger verurtheilen, hieße den Verklagten ohne entsprechende Klagbitte als Kläger behandeln, und darin läge eine Ueberschreitung des Verhandlungsprincips. Ist daher einer persönlichen Klage die Compensationseinrede entgegengesetzt worden, und der Beweis der Klage mißlungen, der der Gegenforderung aber gelungen, so wird der Kläger doch nur abgewiesen.[15] Oder angenommen, der Verklagte habe, um die Be-

---

11) S. §. 14 unter 2.

12) L. 1 D. de re jud. (42, 1) [„Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit"], l. 3 C. de sent. et interloc. (7, 45). Vgl. Savigny: System VI. S. 301.

13) Vgl. darüber Savigny VI. S. 310 fg., und über den Criminalproceß insbes. Geib: Gesch. des röm. Crim. Pr. S. 568—583.

14) Vgl. §. 5 unter 2.

15) Arg. l. 18 §. 4 D. commod. (13, 6). — Savigny VI. S. 341 nimmt

hauptung eines Rechts von ausschließender Natur, z. B. des Eigenthums oder Erbrechts zu entkräften, das Dasein des bestrittenen Rechts in seiner eignen Person beweisen, so geht dennoch das Urtheil nicht auf Anerkennung dieses Rechts, insofern also auf Verurtheilung des Klägers, sondern wieder auf einfache Abweisung der Klage.[16] Der Verklagte würde hier auch nicht einmal ausdrücklich um Anerkennung des Eigenthums oder Erbrechts bitten können, weil er selbst besitzt. Wogegen er sich in jenem ersten Fall die Verurtheilung des Klägers dadurch zu sichern vermag, daß er dieselben Thatsachen zur Vertheidigung gegen die Klage und zur Begründung einer selbständigen Widerklage benutzt, indem dann zwei Processe in einem Verfahren vereinigt sind, und der Theil welcher die erste Klage angestellt hat, rücksichtlich der zweiten als Verklagter erscheint.[17]

2. Auf die Verurtheilung des Verklagten andrerseits ist zu erkennen, wenn die Klagthatsachen und keine Einreden, oder obgleich auch solche, so doch wiederum die entsprechenden Repliken und keine Dupliken eingestanden oder bewiesen worden sind. Sie kann ihrem Inhalte nach so verschieden sein, wie die Klagbitte (§. 14 in.). Auf Grund einer persönlichen Klage spricht sie den Verklagten zu derjenigen Leistung schuldig, welche den Gegenstand der mit der Klage geltend gemachten Obligation bildet. Handelt es sich um eine Status- oder eine andere Präjudicialklage, so erkennt sie einfach an, daß das bestrittene Rechtsverhältniß in der Person des Klägers bestehe. Und bei den übrigen in rem actiones enthält sie nicht bloß eine eben solche Anerkennung, sondern legt dem Verklagten zugleich auf, das zu leisten, wodurch die ihm vorgeworfene Rechtsverletzung wieder aufgehoben wird. Diese letzt genannten Klagen führen also gleich den persönlichen zu einer Verurtheilung im eigentlichen Sinne.

---

zwar an, Justinian habe durch l. 14 C. de sent. et interloc. (7, 45) in dem ganz ähnlichen Fall, wo der Verklagte versäumt habe, wegen des Mehrbetrags seines zur Compensation benutzten Gegenanspruchs um Verurtheilung des Klägers zu bitten, also wohl auch in dem oben gewählten Beispiel eine stillschweigende Widerklage statuirt; allein mag dem sein, wie ihm will, auch jener Gelehrte glaubt davon für den heutigen Proceß schon wegen c. 2 X. de ord. cogn. (2, 10) keine Anwendung machen zu dürfen.

16) Arg. l. 15 D. de exc. rei jud. (44, 2). Nicht entgegen l. 11. pr. §. 1 D. de jurejur. (12, 2), welche Stelle sich aus der Vergleichsnatur des Eides erklärt. Vgl. Keller: Ueber L. C. und Urtheil S. 224, Savigny VI. S. 322 fg.

17) Vgl. Savigny VI. S. 330 fg.

In der wahren Verurtheilung aber unterscheiden wir eben so wie in der Klagbitte Haupt- und Nebenleistung. Geht die Klagbitte auf Zuerkennung der Hauptsache nebst Accessionen, Früchten, Zinsen u. s. w., so muß auch das Urtheil über beides erkennen. Es beruht dies auf einer erst im späteren R. R. mit dem Inhalt des Urtheils vor sich gegangenen Aenderung. Während nach dem Formularproceß die Condemnation stets auf Geld gerichtet werden mußte,[18] und nur die arbiträren Klagen einen auf Herausgabe des Streitobjects mit seinen Accessionen gerichteten Befehl vorausgehen ließen,[19] welcher selbst den Character eines Urtheils nicht hatte, jedoch bei der Eigenthumsklage und ähnlichen civilen in rem actiones auf einem wirklichen Urtheil über das streitige Recht (pronunciatio) beruhte,[20] konnte die extraordinaria causae cognitio von jeher zur Zuerkennung des ursprünglichen Klagobjects führen,[21] und da gerade sie seit Diocletian und Maximinian zur Regel wurde, so fiel die Nothwendigkeit der pecuniaria condemnatio von selbst hinweg. Das justinianeische Recht erklärt daher zwar die Verurtheilung zu einer absolut unbestimmten Leistung für ungültig,[22] sieht auch noch die Veranschlagung des facere in Geld als selbstverständlich an,[23] beschränkt sich

---

18) Gai. IV. 48, 52, vgl. Bekker: Die Aktionen I. S. 78 fg.

19) Gai. IV. 163, §. 31 I. de act. (4, 6). Vgl. Savigny V. §. 221—223, Puchta: Cursus der Inst. II. §. 166.

20) Vgl. z. B. über die R. V. l. 40 §. 2 D. de proc. (3, 3), l. 35 §. 1 D. de R. V. (6, 1), l. 31 D. de pign. (20, 1), l. 3 §. 3 D. de reb. eorum, qui sub tut. (27, 9), l. 6 §. 2 D. de conf. (42, 2), l. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44, 2), — über die a. confessoria l. 8 §. 4 D. si serv. vind. (8, 5), l. 35 D. de A. E. V. (19, 1), — über die H. P. l. 50 §. 1 D. de leg. I. (30, 1), l. 8 D. de his quae ut indignis (34, 9), l. 12 §. 3 D. de bonis lib. (38, 2), l. 47 §. 1 D. de manum. test. (40, 4), l. 5 §. 1 D. de re jud. (42, 1), l. 15 D. de exc. rei jud. (44, 2), l. 122 §. 6 D. de V. O. (45, 1), l. 14 §. 1 D. de appell. (49, 1), — über die quer. inofficiosi testamenti l. 8 §. 14, 16, l. 10, 22 §. 1, l. 26, 29 pr. D. de inoff. test. (5, 2), l. 5 §. 1 D. de appell. (49, 1), — und überhaupt (Stephani) Schol. ad Basil. XV. 1 §. 13, 17, 18, 27, 79 (nach Zachariae: Suppl. edit. Basilicorum Heimbachianae p. 8, 12, 14, 18, 33). Vgl. Keller: Ueber L. C. u. Urtheil §. 27—31, Wetzell: Der röm. Vindicationspr. S. 107—128, Zachariä in der Zeitschrift für gesch. R. W. XIV. 4 unter 1., Savigny VI. S. 319.

21) L. 5 §. 10 D. de agn. et al. lib. (25, 3), l. 5 §. 1 D. de re jud. (42, 1), l. 2 C. de sent. quae s. certa qu. (7, 46) und dazu Keller: Der röm. C. Pr. §. 81 Note 970a.

22) L. 3, 4 C. de sent. quae s. certa qu. (7, 46). Jedoch darf der Gegenstand des Urtheils durch Bezugnahme auf ein Actenstück bezeichnet werden. Vgl. l. 3 in f. C. eod., l. 5 §. 1, l. 59 pr. §. 1 D. de re jud. (42, 1). — Die Verurtheilung zu einer bedingten Leistung ist anfechtbar, nicht ungültig. Vgl. l. 1 §. 5 D. quando appell. (49, 4).

23) L. 13 §. 1 D. de re jud. (42, 1). Eine Aenderung hat die l. 14 C.

aber im Uebrigen darauf auszusprechen, der Richter solle so viel wie möglich auf eine bestimmte Summe oder Sache erkennen,[24] und gestattet sogar die Verurtheilung zum Schadensersatz ohne Feststellung der Entschädigungssumme.[25] Dieser Gesichtspunct hat sich dann in der Praxis weiter dahin fortgebildet, daß Klagbitte und Verurtheilung überall auf das zunächst geschuldete Object gehen sollen, auch wenn dies ein facere ist, und mit anderen als Delictsklagen kann darum eine Schätzungssumme nur ausnahmsweise gefordert werden. So namentlich, wenn es sich um die Rückerstattung einer nicht in einer certa res bestehenden Bereicherung, oder um eine contraria actio handelt, oder wenn aus einem Vertrage für den Nichteintritt eines Ereignisses (z. B. für ein non facere, für das habere licere) gehaftet wird, und dieses Ereigniß eingetreten ist, vorzugsweise aber, wenn das obligationswidrige Verhalten des Schuldners die geschuldete Leistung absolut oder in der ihr eigenthümlichen Modalität[26] (sei es ganz oder theilweise oder in Betreff der Accessionen) unmöglich gemacht hat. In diesen Fällen ist es dem Kläger denn auch noch eben so wie nach R. R. gestattet, die Schätzung einem besonderen Verfahren, dem s. g. Liquidationsverfahren vorzubehalten, und vorläufig den Interesse- oder Entschädigungsanspruch an sich zur Entscheidung zu bringen,[27] natürlich vorausgesetzt, daß die für die Größe der Schätzungssumme maaßgebenden Momente nicht schon zur Begrün-

---

de sent. et interl. (7, 45) durch den beiläufigen Ausdruck „aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare“ gewiß nicht bezweckt, wie Wächter: Erört. H. 2 S. 20 und Sintenis in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XI. 2 §. 9 annehmen.

24) §. 32 I. de act. (4, 6): „Curare autem debet judex, ut omnimodo quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum sit.“ Ueber den Umfang dieser Vorschrift und über l. 17 C. de fid. lib. (7, 4) vgl. Gaill: Obs. I. 62 nr. 6, Buchka: Vom Einfluß des Pr. II. S. 49 fg., Bethmann-Hollweg: Der römische Civ. Pr. III. §. 156 Note 21 fg.

25) L. 2 C. de sent. quae sine certa quant. (7, 46). Auf diesem Gesichtspunct beruht auch die Entscheidung der l. 1 C. eod. über die Zinsen, und die der l. 3 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51) über die Proceßkosten.

26) So z. B. wenn es sich um eine auf einen bestimmten Tag fixirte Leistung handelte, und der Schuldner den Tag hat vorübergehen lassen.

27) Vgl. die Stellen der Note 25, so wie l. 3 C. Th. fin. reg. (2, 26), l. 1 §. 1 C. Th. de litig. (4, 5). Ein ähnliches Verfahren sieht das R. R. unter Umständen in Folge der confessio in jure — §. 14 Note 16 —, und bei den actiones arbitrariae nach erfolglos gebliebenem jussus de restituendo als erforderlich an. Vgl. auch die Erk. des R.O.H.G. und des O. Trib. zu Berlin bei Seuffert XXXI. 72.

dung des Klaganspruchs erforderlich sind.[28] Eine solche Trennung empfiehlt sich besonders da, wo nur die Nebenleistung eine Schätzung nothwendig macht, sie ist aber unter den geeigneten Umständen eben so wohl in Betreff des ganzen Klagobjects zulässig,[29] und versteht sich in beiden Beziehungen ohnehin von selbst, wenn der ursprünglich geschuldete Gegenstand nach erfolgtem Urtheil untergeht oder verweigert wird.[29a] Am einfachsten erledigt sich das Liquidationsverfahren in den für den Würderungseid qualificirten Fällen.[30] In den übrigen muß der einleitende Antrag diejenigen Momente enthalten, aus welchen sich das zuzuerkennende Geldquantum mit Hülfe von Sachverständigen bestimmen läßt, und der Verklagte wird dann zwar mit seiner Vertheidigung gegen das Material dieses Antrags gehört, mit den die Verpflichtung selbst betreffenden Einreden aber nur insoweit zugelassen, als dieselben auch in der Executionsinstanz vorgeschützt werden dürfen.[31]

3. So sind Freisprechung und Verurtheilung des Verklagten die einzigen Möglichkeiten, welche sich dem Richter nach vollzogener L. C. darbieten. Allerdings sind auch gemischte d. h. solche Endurtheile möglich, welche theils Freisprechung, theils Verurtheilung enthalten. Diese finden Statt, wenn der Kläger mehr gefordert hat, als ihm gebührt, sei es, daß er seinen Anspruch zum

---

28) Woraus sich die Entsch. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen III. 27 rat. 10 und des O. A. G. zu Darmstadt bei Seuffert XII. 199 rechtfertigt.

29) Hiermit stimmt das Erk. des O. A. G. zu Cassel bei Strippelmann: Neue Sammlung I. S. 279 (vgl. auch S. 75) überein. Nicht ganz ausreichend ist Bayer: Vorträge §. 337. Man darf jedoch das, was der Text von der Liquidation sagt, nicht auf die Specification, d. i. die specielle Bezeichnung und Nachweisung der mit der Klagbitte in Anspruch genommenen Werthobjecte beziehen, welche unter allen Umständen in das erste Verfahren gehört. Es verdient namentlich keine Billigung, wenn die gangbare Theorie eine „allgemeine", d. i. nicht specificirte Klagbitte in der Hauptsache bei den universellen, generellen und arbiträren Klagen, und in Betreff der Accessionen, wenn deren genaue Bestimmung nicht sofort möglich ist, bei allen Klagen zulassen will. Vgl. Claproth: Einleitung II. §. 108 a. E., §. 113 g unter III., §. 113 i, Danz: Grundsätze §. 73 Note b, §. 75, Glück: Commentar III. S. 623, 624, Martin: Lehrbuch §. 146, Gensler: Commentar ed. Gützet §. 136, Linde: Lehrbuch §. 191. Den Stand der heutigen Praxis möchte die in der vorigen Note citirte Entsch. des O. A. G. zu Rostock bezeichnen, wenn sie ausspricht, „der Vorbehalt einer Specification der eingeklagten Ansprüche in einer s. g. Liquidationsinstanz sei nur hinsichtlich der angesprochenen Nebenleistungen des Beklagten — der s. g. accessoria litis — zulässig". Vgl. auch das Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert XII. 307.

29a) Vgl. das Erk. des O. A. G. zu Oldenburg bei Seuffert XVIII. 50.

30) S. §. 28 unter 1.

31) S. §. 47 a. E.

Theil nicht zu beweisen, oder daß er eine auf einen Theil desselben bezügliche liquide Einrede nicht zu elidiren vermocht hat. Unter solchen Umständen aber wird der Gegenstand der Klage als in mehrere Theile zerlegt gedacht, und deren jeder durch ein besonderes Urtheil, wenngleich in derselben Formel entschieden, so daß jedes dieser einzelnen Urtheile eine reine Verurtheilung oder eine reine Freisprechung enthält. Wenn also z. B. aus einem Vertrage 100 gefordert werden und nur 60 geschuldet sind, so verurtheilt der Richter den Verklagten in 60 und spricht ihn von 40 frei. Oder es wird das Eigenthum an einer Heerde geltend gemacht, von welcher dem Kläger nur einzelne Stücke gehören; dann spricht der Richter diese dem Kläger zu, und weist in Betreff der übrigen die Klage ab. Dies verhielt sich im vorjustinianeischen Recht anders, wofern die Klage auf ein certum gerichtet war. Hier galt das behauptete Klagrecht im Ganzen als Bedingung der Condemnation, und deshalb konnte der judex nur auf das Ganze verurtheilen oder ganz freisprechen. Gebührte also dem Kläger weniger, als er gefordert hatte, so mußte ihm auch das abgesprochen werden, was ihm zukam, da jedenfalls die für die Verurtheilung gestellte Bedingung nicht existent war.[32] Im justinianeischen Recht aber ist diese Beschränkung aufgehoben, und der Richter angewiesen, die Verurtheilung überall dem Umfang des behaupteten Rechts anzupassen.[33] Demnach muß auch, wenn ohne Berücksichtigung des Ortsinteresses an einem anderen Ort als an dem Zahlungsort geklagt worden ist, das Ortsinteresse von der Klagsumme abgesetzt, dem Kläger also so viel weniger zugesprochen, und wenn die Klage auf eine einzelne Sache statt auf ein Alternativum oder Genus geht, dem Verklagten das Wahlrecht offen gehalten werden. Eine partielle Freisprechung findet hier gleichfalls Statt, sie versteckt sich aber hinter der Verkürzung des Klagobjects in ähnlicher Weise, wie wenn dem Kläger statt der geforderten 100 nur 60, oder 60 schlechthin zugesprochen werden, indem Alles was das Urtheil nicht

32) Gai. IV. 53, 54, 68, Pauli S. R. I. 10, 13 b. §. 5, II. 5 §. 3, III. 8 §. 2, Fr. Vat. 52, 53, Cod. Herm. V. 1 §. 2, l. 4 §. 3 D. de noxal. act. (9, 4), l. 1 pr. D. de I. I. J. (11, 1), §. 33 I. de act. (4, 6), §. 10 I. de exc. (4, 13). Vgl. Keller a. a. O. §. 56.

33) §. 33 I. de act. (4, 6), §. 10 I. de exc. (4, 13). Vgl. auch l. 1, 2 (rest.) C. de plus pet. (3, 10), und Bethmann-Hollweg a. a. O. III. §. 152 Note 20. Die verfrühte Klage wird „zur Zeit" abgewiesen, und damit ihre erneuerte Anstellung vorbehalten, heut zu Tage ohne die im just. Recht vorgeschriebene Verdoppelung der noch rückständigen Frist.

zuspricht, obschon Gegenstand des Rechtsstreits geworden, wie namentlich auch Accessionen, Früchte und Proceßkosten, als aberkannt zu betrachten ist.[34] Es ergibt sich daraus zugleich, daß die völlige Freisprechung nicht bloß das Ganze, sondern ebenso jeden Theil des Ganzen betrifft, da auch auf diesen der Richter hätte sprechen können.[35]

Indeß gibt es doch auch einige wirkliche Abweichungen von dem, was bisher über den möglichen Inhalt des Endurtheils gesagt worden ist.

a. Zunächst liegen gewisse Modificationen der Verurtheilung und der Freisprechung nicht außerhalb des richterlichen Ermessens, und die Anleitung zu denselben gibt die Lehre von den cautiones judiciales s. officio judicis praestandae.[36] Der römische judex nämlich konnte in den judicia bonae fidei und bei den actiones arbitrariae unter Umständen die Absolution von einer seitens des Verklagten, und umgekehrt die Condemnation von einer seitens des Klägers zu leistenden Caution abhängig machen, um eine Unbilligkeit abzuwenden, welche die reine Absolution für den Kläger, die reine Condemnation für den Verklagten gehabt hätte. Dem Verklagten namentlich wurde eine Caution auferlegt, wenn er durch freiwillige Zahlung seine Absolution erreichen wollte, der Durchführung dieser Absicht aber zur Zeit ein unverschuldetes Hinderniß oder die Möglichkeit einer erst später zu Tage tretenden Benachtheiligung des Klägers im Wege stand.[37] Unter solchen Umständen wäre das einfachste Auskunftsmittel die Suspension der pecuniaria condemnatio gewesen. Da aber der Formularproceß den Kläger nöthigte, bei dem Rechtsnachtheil der Sachfälligkeit die Condemnation in bestimmter Frist zu bewirken,[38] so mußte sich der Verklagte, um absolvirt zu werden, zur Leistung

34) L. 13 C. de usur. (4, 32), l. 4 C. depos. (4, 34), l. 3 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51).

35) Ueber das Vorstehende vgl. Savigny VI. S. 301—306.

36) §. 1 I. de div. stip. (3, 18) [„Judiciales sunt duntaxat, quae a mero judicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio, vel de prosequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio"], l. 5 pr. D. de V. O. (45, 1). Vgl. auch l. 38 pr. D. pro socio (17, 2), l. 3 D. de tut. act. (27, 3).

37) L. 9 §. 5, l. 14 §. 11 D. quod metus c. (4, 2), l. 41 D. de jud. (5, 1), l. 16 pr., l. 31 pr. D. de H. P. (5, 3), l. 11, 18, 20, 21, 27 §. 4, l. 45 D. de R. V. (6, 1), l. 5 §. 5 D. si ususfr. (7, 6), l. 7, 12 D. si serv. (8, 5), l. 14 §. 1 D. de noxal. act. (9, 4), l. 5 §. 2 in f. D. de cond. causa data (12, 4), l. 4 §. 1 D. de eo quod certo loco (13, 4), l. 47 §. 2 D. de leg. I. (30, 1). Weitere Stellen gibt Keller: Der röm. Civ. Pr. §. 77 Note 900. Vgl. auch Krüger: Processualische Consumtion S. 74 fg.

38) Vgl. Keller a. a. O. §. 45 Note 518, 519.

einer Caution verstehen, welche dem Kläger einen neuen der Proceßverjährung nicht unterworfenen Anspruch verschaffte. Das entscheidende Moment bei dieser Lösung war mithin die Proceßverjährung, und erwägt man, daß dieses Institut dem späteren Recht bereits entfremdet war,[39] so ergiebt sich das der Umsicht Justinian's nicht eben günstige Resultat, daß die Cautionen des Verklagten im justinianeischen Proceß keinen rechten Boden haben. In allen Anwendungen, welche von denselben gemacht werden, kann der Richter sich heut zu Tage auf andere Weise als gerade dadurch helfen, daß er aus einem Proceß zwei macht. Ist z. B. die Befolgung des Restitutionsbefehls ohne des Verklagten Schuld im Augenblick nicht möglich (etwa wegen der Flucht des zu restituirenden Sclaven), so wird mit Umgehung der cautio de restituendo[40] die Judicatsfrist verlängert oder die Execution bis auf Weiteres hinausgeschoben.[41] Hat der Verklagte das vindicirte Streitobject nach der L. C. usucapirt, so braucht er neben der Tradition nicht noch die cautio de dolo[42] zu leisten, um wegen der etwaigen Verpfändung oder sonstigen Belastung des Streitobjects zum Werthersatz verhaftet zu sein; da das Urtheil auf Uebertragung des Eigenthums geht, so wird es im Fall der Eviction die natürliche Grundlage eines executivischen Antrags auf Schadensliquidation. Oder angenommen, eine a. negatoria oder confessoria habe die Sicherung gegen künftige Eingriffe ins Auge gefaßt, so wird dem prohibitiven Inhalt des Urtheils statt der c. de non amplius turbando[43] eine Strafandrohung beigefügt, und „da der Verklagte dem ergangenen Urtheil zuwider handelte, — mit der Declaration poenae gegen ihn verfahren."[44]

Nicht so leicht bestimmt sich die heutige Bedeutung derjenigen Cautionen, welche nach R. R. vom Kläger geleistet werden mußten. Zwar darf man unbedenklich behaupten, daß dieselben insoweit für

39) Ueber das triennium der l. 13 §. 1 C. de jud. (3, 1) vgl. Buchka: Vom Einfluß des Pr. II. S. 52 fg.

40) L. 11, 21, 27 §. 4 D. de R. V. (6, 1), l. 16 pr. D. de H. P. (5, 3), l. 14 §. 11 D. quod. met. c. (4, 2), l. 5 §. 2 in f. D. de cond. c. d. (12, 4), l. 21 §. 3, l. 22 D. de aedil. ed. (21, 1), l. 47 §. 2 D. de leg. I. (30, 1).

41) Hierauf deutet schon die l. 27 §. 4 D. de R. V. (6, 1) verb. „vel tempus dandum vel cavendum est de possessione restituenda".

42) L. 18, 20, 45 D. de R. V. (6, 1), l. 9 §. 5 D. quod met. c. (4, 2), l. 5 §. 5 D. si ususfr. pet. (7, 6), l. 14 §. 1 D. de noxal. act. (9, 4), l. 21 §. 1 D. de aedil. ed. (21, 1).

43) L. 7, 12 D. si serv. vind. (8, 5).

44) J. R. A. §. 162.

uns entbehrlich sind, als sie lediglich die förmliche Sicherstellung des Verklagten gegen andere solidarisch concurrirende Ansprüche des Klägers bezweckten, da schon die Zahlung der Judicatssumme von weiterer Haftung befreit (cautio amplius non agi).[45] Gewöhnlicher aber sollen sie zu Gunsten des Verklagten einen klagbaren Anspruch auf den Fall begründen, daß ein als möglich gedachter Umstand späterhin eintrete, der, wenn er schon jetzt gewiß wäre, den Verklagten zur Retention des Klagobjects berechtigen würde.[46] Sie werden deshalb durch die exc. doli[47] erbeten, müssen auch wie irgend eine andere vermittelst dieser Einrede verfolgte Leistung freiwillig vom Kläger gewährt werden, damit die Zurückweisung der Klage in der angebrachten Art unterbleibe, und sind in diesem Zusammenhang noch heut zu Tage so wenig entbehrlich, daß die Praxis von ganz ähnlichen Grundsätzen auch da ausgeht, wo die Retentionseinrede auf einen Anspruch gegründet ist, der, um vom Kläger getilgt werden zu können, zuvor die Aestimation seines Gegenstandes erfordert. Ist nämlich dieser Anspruch auf Interesse gerichtet, so würde der Kläger ohne dessen vorgängige Schätzung beim besten Willen nicht zahlen können, dennoch aber durch die Einschiebung eines Liquidationsverfahrens in unbilliger Weise hingehalten werden. Man erlaubt deshalb dem Kläger das dem Erfolg seiner Klage entgegenstehende Hinderniß dadurch zu beseitigen, daß er, statt zu zahlen, den Anspruch des Verklagten durch Bürgen oder Pfand sicherstellt.[48] Nicht anders verhält es sich mit der Verweisung der Compensationseinrede zu abgesondertem Verfahren (ad separatum), wie sie im ordentlichen Proceß vorkommt,[49] und mit der gleichen Behandlung aller nicht liquiden Einreden im Wechselproceß und anderen executivischen Proceßarten.[50]

---

45) L. 13 D. de R. V. (6, 1), l. 36 §. 2 D. de H. P. (5, 3). Nicht viel mehr als ein anderer Ausdruck ist es, wenn in einigen Stellen vom Kläger ein Verzicht (remittere) gefordert wird. Vgl. l. 25 §. 5, l. 43 D. locati (19, 2), l. 7 §. 1 D. commod. (13, 6), l. 9 §. 1 D. de furtis (47, 2) und dazu Savigny: System V. S. 262, 263. Für eine überflüssige Cautel erklären diese Cautionen schon gl. Oportere] ad l. 13 D. de R. V. und A. Faber: Ration. ad eand. l.

46) L. 31 §. 1 D. de neg. gest. (3, 5), l. 20 §. 20, l. 57 D. de H. P. (5, 3), l. 19, 47, 57, 58, 69 D. de R. V. (6, 1), l. 29 D. de jure dot. (23, 3), l. 1 §. 9, 10, 15, l. 7 pr. §. 2 D. de dote praeleg. (33, 4).

47) L. 29 D. de jure dot. (23, 3), l. 7 pr. D. de dote praeleg. (33, 4).

48) Vgl. Glück: Commentar XV. S. 124.

49) S. §. 21 Note 16.

50) Vgl. Briegleb: Gesch. des Executivpr. Cap. II. §. 16, Bayer: Summ. Pr. §. 46, 47, Thöl: Das Handelsrecht II. §. 335 a. E.

Da sie dem Verklagten die Möglichkeit gewähren soll, das wieder zu erhalten, was er aus dem Hauptproceß hat zahlen müssen, so ist sie genau so anzusehen, wie wenn dem Verklagten unter der Bedingung, daß er seine Einrede beweise, durch Caution die Rückerstattung des Gezahlten wäre versprochen worden, und auch die Sicherung dieses Anspruchs wird durch Bürgen- oder Pfandbestellung und in deren Ermangelung durch die gerichtliche Deposition der Judicatssumme bewirkt.[50a]

Die Retentionseinrede aber veranlaßt noch zu einer allgemeineren Bemerkung. Sind die Voraussetzungen dieser Einrede geleugnet, so wird ihr Beweis wie der irgend einer anderen sich auf das Streitverhältniß beziehenden Einrede gleichen Schritts mit dem Beweise der Klagthatsachen durchgeführt. Gesetzt nun, beide Beweise seien gelungen, so müßte die Klage nach der Strenge des Rechts in demselben Augenblick, in welchem die Existenz des Gegenanspruchs constirte, „zur Zeit" abgewiesen werden, und der Kläger, nachdem er nunmehr den Verklagten befriedigt und eine neue Klage angestellt hätte, den Klagbeweis von Neuem versuchen. Um diesen Ausgang abzuwenden, ist der Richter ohne Zweifel befugt, dem Kläger zunächst eine Frist zur Beseitigung der Retentionseinrede zu bewilligen, und dann erst je nach dem Erfolge die Abweisung der Klage zur Zeit oder die Verurtheilung auszusprechen. Allein mehr noch möchte sich die hin und wieder übliche Praxis empfehlen, nach welcher der Verklagte sofort verurtheilt, seinem Gegenanspruch aber die bisherige Beziehung zu dem Klagrecht vorbehalten, oder wie man dies ausdrückt, der Verklagte zur Herausgabe des Streitobjects gegen die mittelst der Retentionseinrede verfolgte Gegenleistung schuldig erkannt wird.[50b]

b. Sodann ist daran zu erinnern, daß in den judicia duplicia trotz der Einheit des Streitverhältnisses der Verklagte zugleich als Kläger, und der Kläger zugleich als Verklagter betrachtet wird. Der Richter kann deshalb auf Grund des interdictum uti possidetis und utrubi eben so gut die eine wie die andere Partei als

---

50a) Claproth: Summ. Pr. §. 173 a. E., Mittermaier: Der gem. deutsche bürg. Pr. IV. S. 109 fg. (1826), Bayer a. a. O. §. 47 Note 12, Schmid: Handbuch III. §. 207 Note 31. Vgl. auch c. 6 i. f. X. de in int. rest. (1, 41).

50b) Vgl. Zaun im Archiv f. prakt. R. W. IV. S. 369 fg., Erk. der O. A. G. zu Cassel, Oldenburg bei Seuffert: Archiv VIII. 19, XVIII. 180, XXIII. 176.

gegenwärtigen Besitzer anerkennen oder zur Restitution des Besitzes verurtheilen, — und wo es sich um ein judicium divisorium handelt, nicht bloß die eine wie die andere Partei in Betreff der praestationes personales verurtheilen, sondern auch die Auflösung der unter ihnen bestehenden Gemeinschaft nicht anders als dadurch bewirken, daß er entweder beiden reelle Theile, oder der einen das Ganze gegen Entschädigung der anderen adjudicirt.[51] Wogegen die Theilungsklagen den gewöhnlichen Regeln folgen, soweit sie die Entscheidung der Frage bezwecken, ob der Verklagte sich auf die intendirte Auseinandersetzung einzulassen verpflichtet sei, oder nicht.[51a] Eine Eigenthümlichkeit dieser Klagen aber ist nach einer früheren Bemerkung auch die, daß sie mehr als zwei Personen zu einem judicium zusammenführen können, und wo dies der Fall ist, müssen Adjudicationen und Condemnationen selbstverständlich sich auf alle socii beziehen.[51b]

c. In dem Endurtheil ist auch über die Proceßkosten[52] zu erkennen. Diese bestehen in den den Advocaten gezahlten oder zu zahlenden Deserviten, in Zeugen- und Sachverständigengebühren, in Briefporto, Reisespesen u. s. w., vor Allem aber in den Gerichtsgebühren. Die Gerichtsgebühren können, wie früher gezeigt worden ist,[53] als ein Succumbenzgeld angesehen werden, welches jede Partei im Anschluß an die einzelnen Proceßhandlungen in der Erwartung erlegt, daß ihr demnächst die andere Partei Ersatz werde leisten müssen. Und da dieselbe Vorstellung auch auf die übrigen Proceßkosten paßt, so treten in den mit der L. C. verbundenen Bitten um Verurtheilung des Gegners zum Kostenersatz einander Ansprüche gegenüber, welche sich mit den aus einer Wette

---

51) Vgl. §. 5 unter 2.

51a) S. Glück: Commentar XI. S. 126.

51b) Vgl. §. 5 unter 3.

52) A. D. Weber: Ueber die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation, Schwerin und Wismar 1788, ed. 5. Hann. 1811. Hennemann: Beiträge zur Rechtstheorie von Erstattung der Proceßkosten, Schwerin 1789, 1792. Emmerich: Ueber die Proceßkosten, deren Erstattung und Compensation, Gött. 1790—1792. J. von Schmidt gen. Phiseldeck: Beitrag zu der Lehre von den Proceßkosten, Helmst. 1793. Gönner: Handbuch I. 13 §. 7. Borst: Ueber die Erstattung der Proceßkosten als Schadenersatz nach Vernunftprincipien und röm. Rechtsgrundsätzen, Nürnb. 1812. Schweitzer im Archiv für civil. Pr. I. 4 (1820). Gensler: Handbuch, Abh. 6 §. q fg. (1821). Dernburg: Abhandl. aus dem Gebiete des gemeinen und franz. Civil- und Proceßrechts in vergleichender Darstellung, Frankf. 1849, S. 119 fg. Bender im Arch. für civ. Pr. XXXV. 7.

53) S. §. 30 Note 96.

(sponsio) entspringenden vergleichen lassen. Der Anspruch des Einen wird unter derselben Bedingung anerkannt, unter welcher der des Anderen aberkannt wird. Bestritten ist jedoch, worin diese Bedingung bestehe?

Nach dem Recht des Formularprocesses gab es verschiedene Strafen ungerechter Proceßführung (poenae temere litigantium). Sämmtlich in Quoten des Streitobjects angeschlagen und durch das Unterliegen bedingt, waren die einen an das Bewußtsein des Unrechts (calumnia), die anderen an das Unrecht an und für sich geknüpft. Jene wurden durch das judicium calumniae realisirt und fanden ohne Unterschied der Klagen, jedoch nur gegen den Kläger Statt;[54] diese hatten eine so allgemeine Anwendung nicht, sie beschränkten sich auf gewisse Klagarten und trafen bei einigen wieder nur den Kläger vermittelst des judicium contrarium,[55] bei anderen die jedes Mal unterliegende Partei auf Grund gegenseitiger, gleich in jure eingegangener Sponsionen („propter sponsionem, qua periclitatur reus si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor si non debitum petat").[56] Da nun, wo Justinian in den Institutionen von den Mitteln gegen leichtfertiges Processiren handelt, erwähnt er keine dieser Strafen, ausgenommen die a. calumniae, von welcher er bemerkt, sie sei außer Gebrauch gekommen, und an ihre Stelle sei der generelle Calumnieneid, so wie die Nöthigung des „improbus litigator" zur Erstattung der Proceßkosten gesetzt worden.[57] Danach ist klar, daß die Ersatzpflicht zu den poenae temere litigantium zu zählen ist, und nicht aus der lex Aquilia abgeleitet werden darf, wie manche neuere Juristen annehmen.[58] Zweifelhaft

54) Gai. IV. 176.

55) Gai. IV. 177—179.

56) Gai. IV. 13, 141, 162—168, 171, 174, 180, 181.

57) §. 1 I. de poena temere litig. (4, 16): „Haec autem omnia pro veteris calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actorem multabat, quod nusquam factum esse invenimus; sed pro his introductum est et praefatum jusjurandum, et ut improbus litigator etiam damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur."

58) Dieser Ansicht sind namentlich Weber, Schmidt gen. Phiseldeck und Borst a. a. O. (Note 52), in neuerer Zeit auch Schmid: Handbuch I. 70. Die lex Aquilia wird nirgends als Grundlage des Kostenersatzes angeführt, und eignet sich dafür so wenig wie für die a. adv. judicem, qui litem suam fecit. Der vereinzelte Ausdruck „culpa sua fuerit dilata cognitio" in l. 4 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51) ist nicht beweisend. Wäre übrigens jene Ansicht begründet, so würde die Verurtheilung zum Kostenersatz dem Sieger zwar

aber bleibt allerdings, von welcher besonderen Voraussetzung sie abhängig sein soll, da nach römischem Sprachgebrauch unter dem „improbus litigator“ nicht bloß der wissentlich im Unrecht Befindliche, sondern eben so wohl der Unterliegende als solcher verstanden werden kann. Denn „improbum“ ist, was sich nicht billigen läßt, sei es an sich, oder zugleich mit Rücksicht auf die Motive des Handelnden, improbum desiderium z. B. ist ein unbegründetes Gesuch, nicht nothwendig ein mit dem Bewußtsein des Unrechts gestelltes.[59] Indeß geben doch schon die Institutionen über Justinian's Meinung einigen Aufschluß; wenn es wahrscheinlich ist, daß das Verschwinden der a. calumniae seinen Grund in dem schwierigen Beweise der calumnia gehabt habe, so kann dieser Beweis unmöglich wieder die Voraussetzung für den jener Klage substituirten Kostenersatz sein sollen. Ganz bestimmt aber nehmen die römischen Juristen, wahrscheinlich für die extraordinaria causae cognitio, die Ersatzpflicht auf Seiten derjenigen Partei an, welche „temere“,[60] „si ratio litigandi non fuit“[61] den Proceß begon-

---

nur Entschädigung gewähren, für den Besiegten dagegen eine Strafe involviren, und nicht sehr glücklich bezeichnen daher andere Juristen (Note 63) den Kostenersatz im Gegensatz zur Entschädigung als Strafe, um auszudrücken, daß derselbe eine Strafe bezwecke, indem eigentlich jede Partei ihre Kosten selbst tragen müsse, die Kostencompensation also die Regel bilde, und nur wegen bewußten Unrechts (dolus oder culpa lata) die Verurtheilung zum Kostenersatz (d. h. in diesem Zusammenhang zur Zuwendung eines reinen Vermögensvortheils) eintrete. Vgl. über die Begriffe von Entschädigung und Strafe Savigny: System V. §. 210, Binding: Die Normen I. Leipzig 1872. S. 166 fg.

59) Vgl. l. 10 D. de jud. (5, 1), l. 31 D. de R. V. (6, 1), l. 45 D. de adm. et peric. (26, 7), l. 27 C. de transact. (2, 4), l. 16 C. de proc. (2, 13), l. 10 C. de his, quae vi (2, 20), l. 19 C. ad leg. Corn. de fals. (9, 22), Pauli R. S. III. 5 §. 18. Wenngleich also jener Ausdruck gewöhnlicher eine Beziehung auf das subjective Unrecht hat, so kann doch unter dem improbus litigator ein solcher verstanden werden, der einen erfolglosen Proceß führt, also ein „temere litigans“.

60) L. 79 pr. D. de jud. (5, 1): „Eum, quem temere adversarium suum in judicium vocasse constiterit, viatica litisque sumtus adversario suo reddere oportebit.“ Die Beziehung auf die extraordinaria causae cognitio ergibt sich aus der Inscription „Ulpianus libro V. de officio Proconsulis“. Daß aber das „temere“ die Erfolglosigkeit des Processes, also das objective Unrecht bezeichnet, kann nach dem Sprachgebrauch der Pandecten [vgl. z. B. l. 1 §. 17 D. de separat. (42, 6), l. 1 §. 5 D. ad S. C. Turp. (48, 16)], und vollends nach der von Gaius l. c. (Note 55—57) vorgetragenen Darstellung des temere litigare keinem gegründeten Zweifel unterliegen.

61) L. 78 §. 2 D. de leg. II. (31, 1) [wo von Fideicommissen die Rede ist]. Vgl. auch l. 1 §. 1 D. de vacat. (50, 5) [wo die Worte „quem sine causa saepius inquietavit“ als die eigentlich entscheidenden zu betrachten sind], l. 33 §. 8 C. de episc. et cler. (1, 3), und die besonders characteristische Constitution von Valentinian und Valens in l. 1 C. Th. de fruct. et lit. imp. (4, 18) [— „Ac ne ipsos quidem petitores, qui inanes lites et jurgia non

nen hat, und Justinian theilt nicht nur diese Entscheidungen ohne Beziehung auf eine besondere Proceßart mit, sondern bürdet auch in eignen Constitutionen, übereinstimmend mit einer restituirten Constitution Zeno's,[62] die Kosten des Processes schlechthin dem Besiegten auf.[63] Zu einem gleichen Resultat führen das C. R.[64] und die Reichsgesetze.[65] Freilich läßt sich eine privatrechtliche Begründung hierfür schwer geben. In der That aber ist auch die Frage nach einer solchen von vornherein dadurch abgeschnitten, daß dem Richter die Befugniß zur Verhängung dieses Nachtheils aus Zweckmäßigkeitsgründen beigelegt worden ist, „um von nicht sattsam begündeten Ansprüchen abzuschrecken". Es verhält sich damit genau ebenso, wie mit der sponsio et restipulatio des früheren Rechts; denn in der Sache macht es keinen Unterschied, ob der Unterliegende auf Grund einer vom Richter erzwungenen Sponsion zur Zahlung der Sponsionssumme, oder ob er unmittelbar kraft des richterlichen Officiums zum Ersatz der Proceßkosten verurtheilt wird.[66] Nur ist hinsichtlich der Kosten dem Richter doch freiere Hand gelassen. Da er die Parteien gegen die Folgen nachtheiliger Proceßhandlungen wegen justus error in integrum

---

movenda ingerunt possidentibus, ab ipsius cautionis merito segregamus; jubemus enim, ut si intentio petitoris improba judicetur, praestet possessori sumptus, praestet impensas, quas eum toto litis tempore sustinuisse claruerit").

62) L. 5 in. (rest.) C. de fruct. et lit. exp. (7, 51): „Constitutio praecipit, ut quivis judex in sententia sua jubeat victum factos in judicio sumtus praestare."

63) Vgl. l. 13 §. 6 C. de jud. (3, 1), womit l. 3 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51) von Honorius und Theodosius genau übereinstimmt. Auch die nov. 82 c. 10 gehört hierher, zwar nicht wegen der in ihr enthaltenen Bestätigung der Constitution Zeno's, wohl aber wegen ihres sonstigen Inhalts, welcher unzweideutig die Regel unterstellt, daß der Besiegte als solcher in die Kosten zu verurtheilen sei. A. M. sind Hennemann, Emmerich und Dernburg a. a. O. (Note 52), welche von §. 1 l. cit. ausgehend, nur wegen dolus und culpa lata die Verurtheilung in die Kosten eintreten lassen wollen, die Compensation derselben somit für die Regel halten, — was den übrigen Stellen offenbar widerstreitet. Die l. 6 C. de adm. tut. (5, 37), welche den Vormündern in Sachen ihrer Mündel wegen Calumnia die Kosten auferlegt, geht gar nicht von der Regel aus, sondern bezweckt die Chicane der Vormünder zu bestrafen.

64) C. 4 X. de poenis (5, 37), c. 2, 5 X. de dolo et cont. (2, 14).

65) Vis. A. von 1713 §. 82. Vgl. auch Vis. Mem. Dni Jud. Praes. et Ass. von 1595 §. 10, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 59 §. 9.

66) Daß kein Delict unterstellt werden darf, ergibt sich auch daraus, daß nicht eine Stelle des R. R. die Erben vom Kostenersatz befreit. Die l. 1 C. Th. de fruct. et lit. exp. (4, 18), welche unmittelbar vor der Erwähnung der Proceßkosten von der Succession des Erben in das vitium possessionis gesprochen, hätte dazu die dringendste Veranlassung gehabt. — Der im Text angenommenen Meinung ist, wie es scheint, Bayer: Vorträge §. 25 S. 79.

zu restituiren befugt ist, so soll er den Unterliegenden gar nicht in die Kosten verurtheilen, so bald ihm die Acten Gründe an die Hand geben, welche dessen Einlassung auf das erfolglose Verfahren aus einem entschuldbaren Irrthum erklären. Er compensirt daher die Kosten, wie man es nennt, zwar nicht schon, wenn die rechtliche Beurtheilung Schwierigkeiten bietet oder zu Zweifeln Anlaß gibt, — denn wer sich auf eine zweifelhafte Sache einläßt, muß auch die Gefahr tragen[67] —, wohl aber wenn die factischen Verhältnisse so dunkel und verworren sind, daß der verständigste Mann dadurch getäuscht werden konnte, oder wenn er, der Richter, in der Hauptsache seine eignen öfter ausgesprochenen Ansichten verändert.[68] — Im Uebrigen sind noch folgende theils scheinbare, theils wirkliche Abweichungen von der aufgestellten Regel zu bemerken.

Erstlich können den Unterliegenden nur diejenigen Kosten treffen, welche durch seine Proceßführung verursacht worden sind,[69] keineswegs solche, die außerhalb des regelmäßigen Betriebs des Processes liegen, mithin gar nicht Proceßkosten sind, obschon sie eine Beziehung zum Proceß haben, wie die für ein Rechtsgutachten aufgewandten Kosten.[69a] Aber noch mehr. Von selbst versteht es

---

67) Dies ist sehr gut ausgeführt von Weber a. a. O. §. 9, 10. Uebereinstimmend sind die Erk. der O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entsch. V. 36 a. E., und zu Dresden bei Seuffert XIX. 272, abweichend die Erk. der O. A. G. zu Cassel, Kiel das. II. 224, XVI. 257.

68) Diese Auffassung wird vorzugsweise durch l. 1 §. 17 D. de separat. (42, 6) unterstützt: „Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, justissima scilicet ignorantiae causa allegata," ist mit l. 79 pr. D. de jud. (5, 1) und l. 78 §. 2 D. de leg. II. (31, 1) recht wohl vereinbar, und gibt der hier eigentlich entscheidenden nov. 82 c. 10 (verb. „Si tamen neutram partem propter negotii forte varietatem [διὰ τὸ τῆς ὑποθέσεως ἴσως ποικίλον] in expensas condemnandam esse perspexerit, sententia hoc decernat") erst ihr wahres Licht. Diese Stelle bezieht sich auf die rest. l. 5 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51) zurück, und in den angeführten Worten namentlich auf den §. 1 verb. „Si — — judex inveniat eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem [τῇ ἀληθείᾳ οὐχὶ συκοφάντην, ἀλλὰ ἐπὶ ἀμφιβόλῳ πράγματι δικαζόμενον], hic evitabit impensarum condemnationem," bedarf aber eben so, wie dieses ihr Original der Assistenz eines festen juristischen Princips, um practisch anwendbar zu werden. Zwei andere Fälle, in denen nach l. 5 §. 1 C. cit. die Compensation der Kosten eintreten soll, werden später erwähnt werden. Die Reichsgesetze (Note 65) sprechen nur aus, daß „in den Compensationibus expensarum nicht leichtlich ohne genugsame Ursachen fürzuschreiten" sei. — Vgl. Erk. des O. A. G. zu Dresden bei Seuffert XXVI. 182.

69) Im R. R. expensae, expensae litis, damna, damnum et impensae litis, viatica litisque sumtus, sumtus litis causa facti, etc. genannt.

69a) Eine allgemeine Bestätigung jenes Satzes könnte man in den Schlußworten des c. 3 X. de eo qui mittitur (2, 15) finden: „— ad restitutionem

sich, daß wenn mehrere Klagen zu einem Verfahren verbunden sind, sei es in Form der objectiven Cumulation, oder der subjectiven,[69b] oder der Verbindung einer Widerklage mit der zur Klage erstatteten Exceptionalhandlung, der Kostenpunkt für jede besonders beurtheilt werden muß. Ebenso im Fall der pluris petitio, welche gleich als seien in der einen Klage mehrere Klagen enthalten, zur Theilung der Kosten und zwar regelmäßig nach gleichen Quoten oder statt dessen zur Compensation der Kosten führt, sofern sie nicht eine Steigerung derselben in ungleichem Verhältniß verursacht hat, wie z. B. wenn nach sofortigem Eingeständniß des wirklich geschuldeten Betrags das Verfahren nur wegen des Zuvielgeforderten weiter gegangen ist. Die Verurtheilung in das triplum der aus der pluris petitio etwa entstandenen Kosten („si quod forte damnum ut in sportulis ex hac causa acciderit"), welche das justinianeische Recht verordnet hatte,[70] ist in unser Recht nicht aufgenommen worden.[71]

Nun gibt es aber auch Zwischenverfahren, welche ungeachtet ihrer Unterordnung unter den Zweck des Hauptverfahrens diesem gegenüber doch eine gewisse Selbständigkeit behaupten, und sich von dem Hauptverfahren namentlich dann ablösen, wenn sie dessen Zwecke nicht entsprechen. Von dieser Art sind vor Allem die Rechtsmittelinstanzen, dann aber auch die durch außerordentliche Gesuche veranlaßten Verhandlungen, und möglicher Weise selbst gewisse ordentliche Bestandtheile des Verfahrens, z. B. der Zeugenbeweis. Ueber die Kosten der Rechtsmittelinstanzen nun wird jedes Mal besonders erkannt, einerlei welchen Erfolg sie

---

cogatur expensarum illarum, quas abbatem constiterit propter hoc necessarias in lite fecisse". Vgl. auch Weber: Paraphrase des Martin'schen C. Pr. Lehrbuchs §. 39 S. 202—203. Auf ein anderes Beispiel (Benutzung eines fern wohnenden Advocaten) weisen hin Schaumburg: Princ. prax. jud. I. 1 m. 4 c. 3 §. 13 not. ***, Gensler: Handbuch (2. Aufl.) I. 6 S. 196, Erk. des O. A. G. zu München bei Seuffert: Archiv I. 286.

69b) Mehrere Streitgenossen sind also nicht in solidum zum Kostenersatz zu verurtheilen. Vgl. Erk. des O. A. zu Wiesbaden bei v. d. Nahmer: Sammlung merkwürdiger Entsch. I. 256, Erk. des O. G. zu Wolfenbüttel bei Seuffert: Archiv VIII. 102, und dazu §. 63 Note 104a. A. M. ist aus dem Gesichtspunct der Haftung wegen widerrechtlichen Verhaltens Martin in Martin's und Walch's Magazin I. S. 377, Lehrb. §. 39 n, Vorlesungen I. S. 267.

70) §. 33 I. de act. (4, 6), §. 24 I. eod., l. 2 §. 2 (rest.) C. de pl. pet. (3, 10).

71) Vgl. Vinnius in Comm. ad §. 33 I. de act. (4, 6), Glück: Commentar III. S. 628.

haben, und von den dafür geltenden Grundsätzen wird in der Lehre von den Rechtsmitteln die Rede sein. Die anderen Zwischenverfahren dagegen machen nur im Fall ihrer Erfolglosigkeit,[71a] und diejenigen insbesondere, welche im regelmäßigen Verlauf des Processes liegen, nur unter Hinzutritt ungewöhnlicher Leichtfertigkeit[72] eine Berücksichtigung des Kostenpuncts nothwendig. Die zu ihnen erwachsenen Kosten müssen unter den genannten Voraussetzungen stets den Antragsteller treffen, und deshalb im Endurtheil von den übrigen Kosten getrennt und ihm auferlegt werden, so oft er aus dem Proceß als Sieger hervorgeht. — Eben so ist das Unterliegen des Klägers als solches für die Kosten in dem Fall nicht entscheidend, wo ihm erst im Laufe des Verfahrens Zahlung geleistet wird.[73] Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Zahlt der Verklagte nach der L. C., so wird er zwar in der Hauptsache freigesprochen, jedoch wegen der nicht ersetzten Kosten noch immer verurtheilt, weil er durch die Zahlung das Recht des Klägers anerkennt. Wenn er sich dagegen statt Litem zu contestiren, sofort zur Zahlung bereit erklärt, und etwa bloß das gewöhnliche tempus judicati in Anspruch nimmt,[74] so wird in der Hauptsache auf Grund des abgelegten Bekenntnisses immer nur eine declaratorische Sentenz erlassen, während rücksichtlich der Kosten nicht überall Dasselbe eintritt. Zu ihrem Ersatz verpflichtet ist der Verklagte überhaupt nur unter der Voraussetzung, daß er eine directe Veranlassung gehabt hat, dem Klaganspruch ohne gerichtliche Dazwischenkunft zu genügen, d. h. daß er sich im Verzuge befindet. Ist daher kein den Verzug begründender Umstand in der Klage be-

---

71a) Ueber die Kosten der Intervention und die nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilenden Kosten der Litis Denunciation vgl. §. 7 sub 1 a. E. und das Erk. des O. A. G. zu München bei Seuffert XVIII. 177. Abweichend sind die Erk. der O. A. G. zu Berlin und Dresden das. XXV. 78, XXVII. 262.

72) Nur hierdurch wird die Ausnahme von der Regel gerechtfertigt. Vgl. nov. 18 c. 8, c. 5 X. de dolo et cont. (2, 14), c. 36 X. de test. (2, 20), c. 12 X. de exc. (2, 25), c. 1 pr. in VI. de rest. spol. (2, 5), c. 1 in VI. de exc. (2, 12). Nicht überall zutreffend sind die Bemerkungen, welche über die im Text hervorgehobenen Puncte Weber a. a. O. §. 14 macht.

73) Diesen Fall hebt die l. 5 §. 1 (rest.) C. de fruct. et lit. exp. (7, 51) als einen solchen hervor, in welchem die Kostencompensation eintritt, verb. „Si quis vero reus bona fide solverit." Es muß dabei wohl, wie das „bona fide" anzeigt, ein Irrthum, also derselbe Umstand vorausgesetzt werden, der nach Note 68 auch sonst die Verurtheilung zum Kostenersatz ausschließt. Ebenso wird der andere dort erwähnte Fall zu verstehen sein, „aut actor lite destiterit." Uebrigens vgl. darüber Dernburg a. a. O. S. 158 fg.

74) L. 21 D. de jud. (5, 1), l. 71 §. 2 D. de leg. I. (30, 1), l. 31 D. de re jud. (42, 1), l. 6 §. 2 in f. D. de conf. (42, 2).

hauptet worden, so wird sofort der Kläger zum Kostenersatz verurtheilt. Der Behauptung eines solchen Umstandes gegenüber aber sind eben so viel Möglichkeiten, wie einer gewöhnlichen Klage gegenüber denkbar. Im Falle des Geständnisses muß sich die declaratorische Sentenz auch auf den Kostenersatz erstrecken; im Falle des Leugnens findet eine Beweisauflage, und in Folge der Erbringung des Beweises die Verurtheilung des Verklagten, bei mißlungenem Beweise die Verurtheilung des Klägers Statt. In gleicher Weise wird unterschieden, wenn der Verklagte die Zahlung schon vor dem ersten Gerichtstag leistet und sich in diesem auf die geschehene Zahlung beruft; hier erfolgt in der Hauptsache ein freisprechendes Erkenntniß und daneben wegen der Kosten je nach den Umständen bald die Verurtheilung des Klägers, bald die des Verklagten. — Sodann soll

zweitens ohne Rücksicht auf den Ausgang des Processes die contumacia mit dem Ersatz der Kosten bestraft werden. Dies erklärt sich schon aus dem Vorstehenden in Beziehung auf diejenigen Kosten, welche ohne die contumacia gar nicht entstanden sein würden.[75] Hat also der Verklagte den zur Erklärung auf die Klage anberaumten Termin versäumt, so muß er dem Kläger die Kosten dieses unnützen Termins erstatten. Auf positiver Bestimmung aber beruht es, daß eine Partei, welche nach der L. C., oder schon gleich nach der Klagestellung ausbleibt, und bis zu Ende im Ungehorsam beharrt, auch wenn sie in der Hauptsache gewinnt, die Kosten des ganzen Verfahrens tragen soll.[76]

Gegenstand einer besonderen Klage ist der Kostenersatz nicht.[77] Unterläßt daher der Richter im Endurtheil über denselben zu sprechen,[78] so sind die Kosten als compensirt zu betrachten (Note 21). Und nimmt der Kläger vor der L. C. wegen empfangener Zahlung die Klage zurück, so kann er nicht noch auf Verurtheilung des Verklagten in die Kosten antragen. Nicht bloß im Endurtheil

75) Arg. l. 15 C. de jud. (3, 1).

76) L. 13 §. 2 C. de jud. (3, 1), c. 4 in f. X. de poenis (5, 37), R. G. O. von 1555 III. 42 §. 3, 43 §. 4, Conc. von 1613 III. 51 §. 2, 52 §. 3.

77) L. 3 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51). Als Gegenstand eines Regreßanspruchs kommen die Proceßkosten vor in l. 31 §. 7 D. de neg. gest. (3, 5), l. 2 §. 1 D. si ventris (25, 5), l. 1 §. 9 D. de tut. et rat. distr. (27, 3).

78) Nach R. R. soll er dann selbst die Kosten ersetzen — l. 13 §. 6 C. de jud. (3, 1), nov. 82 c. 10 [vgl. auch l. 15 C. de jud. (3, 1)] —, allein in die deutsche Praxis ist diese Strafe nicht übergegangen. Vgl. Brunnemann ad l. 13 C. de jud. nr. 48, Bayer: Vorträge S. 84.

aber wird über die Kosten gesprochen, sondern überhaupt in jedem die Instanz erledigenden Erkenntniß, mag dasselbe die Klage wie angebracht zurückweisen, oder das in jure (über das Klagrecht) abgelegte Geständniß constatiren, oder auf ein eingelegtes Rechtsmittel sprechen, oder in irgend einer anderen Weise das Verfahren zum Abschluß bringen. Jedoch liegt es in der Natur der Sache, daß der Kostenpunct gar nicht erwähnt zu werden braucht, wenn der gestellte Antrag ohne Gehör des Gegners zurückgewiesen wird, weil die zurückgewiesene Partei allein Kosten gehabt hat. Ueber die aus einem Zwischenverfahren (mit Ausnahme der Rechtsmittelinstanzen) erwachsenen Kosten darf das Erkenntniß eben so wohl sofort gesprochen, als ausdrücklich oder stillschweigend bis zum Endurtheil ausgesetzt werden; nur die Verurtheilung in die Kosten der contumacia möchte, weil sie zugleich eine Warnung für die Zukunft ist, besser sogleich geschehen.[79]

Die Existenz und Größe der zu erstattenden Kosten ergibt sich heut zu Tage gewöhnlich schon aus den Acten. Darum ist von der Bestimmung des R. R.[80] und der Reichsgesetze,[81] wonach der Sieger die zuvor vom Richter geprüften[82] Kosten eidlich soll feststellen dürfen, nur noch ausnahmsweise und zwar da Anwendung zu machen, wo die Existenz, nicht aber die Größe einer Auslage feststeht. Eben so wenig hält sich die heutige Praxis an die reichsgesetzliche Vorschrift, daß der Richter, so weit thunlich, den zu ersetzenden Kostenbetrag im Urtheil selbst schon ausdrücken solle;[83] gewöhnlich wird die Verurtheilung zum Ersatz der Kosten unter Vorbehalt ihrer Bestimmung (salva moderatione) ausgesprochen.

---

79) Arg. K. G. O. von 1496 tit. 16, von 1500 tit. 41, von 1523 tit. 6 §. 3. Anders nach K. G. O. von 1508 tit. 3 §. 20, von 1555 III. 43 §. 5 bei fortgesetztem Ungehorsam.

80) L. 13 §. 2, 6, l. 15 C. de jud. (3,1), nov. 18 c. 8, nov. 53 c. 1, nov. 82 c. 10.

81) K. G. O. von 1555 III. 50 §. 3, I. 66, 67, 68, Conc. von 1613 III. 59 §. 2, I. 88.

82) C. 5 X. de dolo et cont. (2, 14) [„moderatas impensas", c. 1 pr. in VI. de rest. spol. (2, 5) [„taxatione praehabita"], c. 1. in VI. de exc. (2, 12) [„praehabita taxatione"].

83) K. G. O. von 1555 III. 50 §. 8, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 59 §. 8.

Fortsetzung (Wirkungen des Endurtheils).*

§. 47.

Bei Erörterung der Frage, welche Wirkungen das Endurtheil habe, sehen wir von der Abweisung der Klage wie angebracht (von der absolutio ab instantia) ab, und nehmen das Endurtheil in dem bisher festgestellten Sinne, indem wir von den Beziehungen ausgehen, in welchen dasselbe als Abschluß des judicium zur Litis Contestation als dessen Grundlage steht.[1] Diese Beziehungen aber sind so durchgreifend, daß sie die Antwort auf die vorliegende Frage in allen Hauptpuncten wie von selbst an die Hand geben; die Wirkungen des Endurtheils schließen sich unmittelbar an die der L. C. an, und was daher früher von diesen gesagt worden ist, muß nothwendig der jetzigen Untersuchung zum Ausgangspunct dienen.[2]

Vor Allem ist daran zu erinnern, daß der Proceß keine zwiefache Umwandlung der Klage bewirkt.[3] Die consumirende Wirkung der L. C. ist eine definitive; eine Klage, über welche einmal Lis contestirt worden ist, kann auch nach dem Endurtheil nicht wieder angestellt werden, einerlei ob das Klagrecht Anerkennung erhalten hat, oder nicht.[4] Denn die Absolution bestätigt jene Wirkung, und die Condemnation macht sie nicht so wohl rückgängig, als dadurch unschädlich, daß sie der erloschenen Klage einen neuen Anspruch, die obligatio judicati, substituirt. Dieser neue Anspruch aber wird selbst schon durch die L. C. begründet; wenngleich zunächst durch die richterliche Anerkennung des Klagrechts bedingt, wird er doch mit Eintritt dieser Bedingung auf den Zeitpunct der L. C. zurückbezogen, und es kann mithin die Tilgung des alten, so wie die Begründung des neuen Anspruchs je nach der Verschieden-

---

*) Außer den zum vorigen §. unter * angeführten Quellen gehört hierher: Tit. Dit. 44, 2 de exc. rei jud. — Die Literatur findet sich bei §. 14 *, wozu noch kommt: Savigny: System VI. §. 291—301, Roßhirt: Zur Lehre von den Wirkungen des Pr., Heidelb. 1848, Fr. Pfeiffer im Arch. für civ. Pr. XXXVII, 4, 10, XXXVIII. 14, Windscheid: Die actio des röm. C. R., Düsseld. 1856, Endemann: Das Princip der Rechtskraft, Heidelb. 1860, Bekker: Die Aktionen des röm. Pr. R. I. (1871) Beil. H. Zur Consumptionslehre, Kleinschrod: Ueber die processualische Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils, Leipzig 1875, Rümelin: Zur Lehre von der exceptio rei judicatae, Tübing. 1875.

1) Vgl. §. 14 unter 2. in., §. 46 Note 11.

2) Besonders kommt hier das in §. 14 unter 1. und 2. Bemerkte in Betracht.

3) S. §. 14 Note 64.

4) S. §. 14 Note 47—50.

heit der Gesichtspuncte eben so gut mit der L. C. wie mit dem Urtheil in Verbindung gesetzt werden.[5]

Da nun, wo ein in Wirklichkeit nicht bestehendes Klagrecht in judicium deducirt worden ist, liegt für den Verklagten darin, daß er sich auf die consumirende Wirkung von L. C. und Urtheil berufen kann, statt sich von Neuem auf eine sachliche Vertheidigung einlassen zu müssen, nur ein formeller Vortheil; eine wahre Consumtion ist selbstverständlich bloß einem bestehenden Klagrecht gegenüber denkbar. Hier aber kann nach dem Gesagten die Wirkung des Urtheils nicht weiter reichen, als die der L. C.;[6] auch durch das Urtheil wird lediglich die Klage vernichtet, das klagend verfolgte Recht bleibt bestehen, und wird zwar in Folge der Condemnation mit einer neuen Klage umkleidet, behält dagegen im Fall der Absolution den Character eines klaglosen Rechts, als Obligation also den einer naturalis obligatio.[7] Mit diesem Ueberbleibsel ist indeß practisch wenig genützt, da es kein Mittel gibt, die Richtigkeit rechtskräftiger Urtheile zu prüfen. Denn wenn der Verklagte das nicht zurückfordern darf, was er in Unkenntniß eines ihn mit Unrecht absolvirenden Urtheils freiwillig gezahlt hat, so hat der Ausschluß der condictio indebiti seinen Grund allerdings darin, daß wegen der Unrichtigkeit des Urtheils eine naturalis obligatio zurückgeblieben ist; als unrichtig aber wird das Urtheil nicht angesehen in Folge einer durch die condictio veranlaßten neuen richterlichen Cognition, sondern weil der Verklagte in der Zahlung einen Willensact vollzieht, durch den er die Schuld für sich bestehen lassen zu wollen erklärt.[8] In der That

---

5) S. §. 14 Note 65. So heißt es in l. 3 pr. C. de usur. rei jud. (7, 52): „— novatur judicati actione prior contractus."

6) S. §. 14 Note 50.

7) Eine solche wird geradezu nur in l. 60 pr. D. de cond. ind. (12, 6) anerkannt, aber unterstellt wird sie auch in l. 28 D. eod., l. 13 D. quib. mod. pign. (20, 6), Gleichwohl ist die Fortdauer einer naturalis obligatio bestritten. Vgl. die literarischen Nachweisungen bei Schwanert: Die Naturalobligationen S. 443 Note 65, Windscheid: Lehrbuch §. 129 Note 7. Das „litem amittere" in l. 8 §. 1 D. rat. rem (46, 8) ist, wenigstens in seiner ursprünglichen Bedeutung, nicht von der Absolution, sondern von der alten Proceßverjährung zu verstehen, wie zuerst Francke: Civil. Abhandl. S. 76 fg. nachgewiesen hat. Vgl. auch Keller: Ueber L. C. und Urtheil S. 159, Savigny: System V. S. 376 d., Oblig. R. I. S. 99 dd., Schwanert a. a. O. S. 434.

8) L. 28 D. de cond. ind. (12, 6): „Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest." Da der Irrthum die allgemeine Voraussetzung der cond. indebiti ist, so ist in dieser Stelle Unkenntniß der Statt gehabten Absolution zu subintelligiren, und durch das „sua sponte" wird die freiwillige Anerkennung der alten Schuld hervorgehoben. Daß aber

führt nach erfolgter L. C. ausschließlich das von den Parteien erbetene Urtheil zur bindenden Feststellung der Wahrheit, und soweit daher die processualische Consumtion reicht, rechtfertigt sie die Regel „Res judicata pro veritate accipitur."[9] In dieser Regel findet vor Allem die richterliche Anerkennung des Klagrechts und insbesondere die richterliche Condemnation,[10] da aber wo Etwas darauf ankommt, auch die Absolution den entsprechenden Ausdruck ihrer Geltung, und nur für die processualische Consumtion als solche ist sie ohne Bedeutung.

Alle Wirkungen nun, welche das Endurtheil mit sich führt, sind in dem Ausducke „res judicata", Rechtskraft im materiellen Sinne,[11] zusammengefaßt. Diese erweist sich in zwei Rechtsmitteln, der exc. rei judicatae und der a. judicati. Die Hauptfunction der exc. rei judicatae ist der exc. rei in judicium deductae oder litis pendentis analog, sie soll die processualische Consumtion nach dem Urtheil zur Geltung bringen; nebenbei aber kommt sie auch da in Anwendung, wo der Verklagte ausnahmsweise veranlaßt ist, sich auf den absolutorischen Inhalt des Urtheils zu berufen. Die a. judicati hat die Aufgabe, den Verklagten zur Erfüllung der ihm durch die Condemnation auferlegten Verpflichtung zu nöthigen, setzt also eine wahre Condemnation voraus, während die durch eine Statusklage, und unter Umständen auch die durch eine andere Klage hervorgerufene Anerkennung des streitigen Rechts an sich einestheils unmittelbar als Grundlage einer neuen Klage, anderntheils zu einer gleichfalls den Namen exc. rei

---

der Ausschluß der Rückforderung seinen Grund in der Fortdauer der naturalis obligatio habe, hebt die l. 60 pr. D. eod. ausdrücklich hervor. Literarische Nachweisungen zur Erklärung dieser Stellen finden sich bei Schwanert a.a.O. S. 439 Note 53, 54, S. 444 Note 67; die eingehendste Interpretation gibt Fein im Arch. für civ. Pr. XXVI. S. 165—176, S. 188—190.

9) L. 25 D. de statu hom. (1, 5), l. 207 D. de R. J. (50, 17). Die zweite dieser Stellen, welche jene Regel abstract hinstellt, ist der ersten entnommen (Ulp. libro I. ad leg. Jul. et Papiam), und Savigny VI. S. 274 Note d macht darauf aufmerksam, daß die erste ursprünglich gar nicht von der Rechtskraft im heutigen Sinne gehandelt habe. Vgl. auch Pfeiffer a.a.O. XXXVII. S. 116. Unbedenklich aber darf sie im Sinne des just. Rechts darauf bezogen werden, sofern man im Auge behält, daß das Urtheil nicht über das Streitverhältniß hinaus wirkt, wenigstens nur ausnahmsweise. — Ueber den Begriff der Rechtskraft vgl. übrigens Note 11.

10) Dies wird in l. 25 D. cit. eigentlich allein ausgesprochen.

11) Die Rechtskraft im mater. S. (res judicata) wird der Rechtskraft im formellen Sinn entgegengesetzt, welche eine Voraussetzung von jener bildet, und denjenigen Urtheilen anhaftet, die durch ordentliche Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können.

judicatae führenden selbständigen Einrede verwerthet werden kann.

1. Die exceptio rei judicatae findet in ihrer regelmäßigen Function überall da Statt, wo eine abgeurtheilte Sache von Neuem zum Gegenstand gerichtlicher Verhandlung gemacht werden soll;[12] wo die „res" de qua agitur mit einer „res" judicata identisch ist.[13] Begründet also wird sie durch die Thatsache, daß, nicht durch die Art und Weise, wie über die jetzt angestellte Klage bereits früher ist geurtheilt worden. Dies wird unmittelbar und unzweideutig durch die Quellen selbst bezeugt, welche die exc. rei judicatae auch nach erfolgter Condemnation zulassen,[14] ist aber dennoch nicht unbestritten. Statt auf die Consumtion der Klage legen manche Juristen das entscheidende Gewicht auf die dem Urtheil zur Seite stehende Fiction der Wahrheit,[15] und da sie erkennen, daß sich mit dieser Fiction die exc. rei judicatae nur aus der Absolution, nicht aus der Condemnation ableiten lasse, so nehmen sie keinen Anstand, dem Kläger zwischen der a. judicati und der früheren bereits abgeurtheilten Klage die Wahl zu lassen, und dieser gegenüber die Einrede auf den etwa über die rechtskräftige Verurtheilung hinaus geforderten ausdrücklich oder stillschweigend aberkannten Betrag zu beschränken.[15a] Allein nicht bloß die Quellen, sondern auch principielle Bedenken und practische Interessen stehen dieser Ansicht entgegen. Vor Allem

---

12) L. 6 D. h. t. (44, 2): „Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inextricabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntientur; parere ergo exceptionem rei judicatae [oder besser „rem judicatam", wie Savigny VI. S. 262 e. mit Bezugnahme auf l. 7 pr. §. 4 D. de pactis (2, 14) vorschlägt] frequens est." Vgl. auch l. 1 D. de re jud. (42, 1): „Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit."

13) „Eadem res." Cf. l. 7 pr., l. 14 pr., l. 27 D. h. t. Ueber die Bedeutung von „res" gleichbedeutend mit Klagrecht, actio im materiellen Sinn, vgl. Bekker: Die proc. Consumt. §. 6, 7 und Beil. I. S. 323.

14) Dies ergibt sich schon aus den allgemeinen Aeußerungen der in Note 12 citirten Stellen und des §. 5 I. de exc. (4, 13), dann namentlich aus l. 4 C. depos. (4, 34) und l. 13 C. de usur. (4, 32).

15) Diese Ansicht ist am consequentesten von Savigny a. a. O. VI. §. 291—293, 298 durchgeführt worden, ohne daß es jedoch dessen Scharfsinne gelungen ist, die in der vorigen Note herorgehobene Schwierigkeit zu beseitigen. Die sonstige Literatur findet sich bei Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts §. 130 Note 22. Gegen den neuesten Versuch von Rümelin a. a. O. die positive Function der exc. rei judicatae als die ausschließliche aus den römischen Quellen nachzuweisen vgl. Wach zu Keller: Der röm. C. Pr. 5. Aufl. S. 346.

15a) Vgl. Savigny a. a. O. VI. S. 305 fg., Windscheid a. a. O. §. 130 Note 24.

möchte schon das öffentliche Interesse fordern, daß die Gerichte vor überflüssigen Geschäften bewahrt, und nicht genöthigt werden, über entschiedene Sachen von Neuem zu cognosciren, wie dies ohne Zweifel einer der Gesichtspuncte ist, welche der alten Regel „Bis de eadem re ne sit actio“ zu Grunde liegen,[15b] wenn auch im R. R. weitere Consequenzen dieses Gesichtspuncts nicht nachweisbar sind. Jedenfalls aber ist der Verklagte seiner Vertheidigungspflicht gerecht geworden, nachdem er sich gegen eine erhobene Klage einmal vertheidigt hat (§. 14 zu Note 47), und wenn ihm daher der Eintritt in eine wiederholte Verhandlung über dieselbe Klage angesonnen wird, so muß er die darin enthaltene Zumuthung eines nachmaligen Aufwands von Zeit und Kosten zurückzuweisen befugt sein. Zudem ist denkbar, daß der Kläger es versäumt hat, in dem früheren Processe Accessionen einzuklagen, deren wegen eine besondere Klage nicht Statt findet;[15c] diese sind, weil nicht eingeklagt, auch nicht als aberkannt zu betrachten, und würden mithin, wenn nur die Fiction der Wahrheit entscheidend wäre, in einem neuen Processe immer noch nachgefordert werden können. Das größte Bedenken gegen diese Ansicht aber liegt in den sich aus ihr ergebenden Consequenzen. Abgelöst von der durch das Consumtionsprincip gesetzten Schranke muß die Fiction der Wahrheit absolute Geltung in allen Sachen fordern, in welchen irgend wie unter denselben Parteien eine Frage zur Sprache kommt, die bereits explicite oder implicite ihre Entscheidung in dem früheren Proceß gefunden hat, und dadurch tritt sie in directen Widerstreit gegen das Verhandlungsprincip. Denn nach gemeinem Proceßrecht hat der Richter das Urtheil nicht aus objectiven Gründen zu schöpfen, sondern aus dem ihm von den Parteien gelieferten Material, und auf den Inhalt des Urtheils übt daher der Wille der Parteien durch Verzicht und Geständniß einen unbemeßbaren Einfluß. Nun ist aber für alle Stadien des Processes in der L. C.

15b) Vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. P. II. S. 484 fg. und dazu Wach a. a. O. §. 60 Note 703.

15c) L. 13 C. de usur. (4, 32), l. 4 C. depos. (4, 34), l. 1 C. si adv. rem jud. (2, 27), l. 4 C. de jud. (3, 1). Die Beweiskraft dieser Stellen hat man in verschiedener Weise zu beseitigen gesucht — vgl. Windscheid: Lehrb. §. 130 Note 24, Carus: Die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen S. 37 —, diesen Versuchen gegenüber aber haben Doctrin und Praxis daran festgehalten, daß gewisse Nebenleistungen nur auf Grund des Hauptanspruchs geschuldet werden, und wenn mit diesem nicht eingeklagt, erlöschen, wie der Anspruch auf Verzugszinsen erlischt in Folge der rückhaltslosen Annahme der Capitalzahlung. Vgl. Windscheid a. a. O. §. 269 Note 10, 12.

zum Voraus das Ziel bezeichnet, nach welchem sich Angriff und Vertheidigung richten sollen, und hinzugedacht also, daß sich ausschließlich auf dieses Ziel jener Einfluß des Willens beziehen läßt, erscheint es, man möchte sagen, civilrechtlich unmöglich, daß das Urtheil weiter wirke, als die Absicht der Parteien gegangen ist, und Folgen erzeuge, deren sich die Parteien im Lauf des Processes vielleicht gar nicht bewußt gewesen sind.[16]

Daraus folgt jedoch nicht, daß die neue Klage durchaus dieselben subjectiven und objectiven Momente wie die abgeurtheilte Klage an sich tragen müsse, um mit dieser als identisch gelten und durch die exc. rei judicatae elidirt werden zu können. Die Identität ist nicht so wohl auf den Klaglibell, als auf die Streitsache (res), d. i. das Klagrecht zu beziehen. Dies tritt schon gleich

a. in den subjectiven Beziehungen hervor. Zwar gilt im Allgemeinen die Regel, daß das Urtheil nur die Parteien selbst bindet, nicht dritte Personen,[17] weshalb aus der Zurückweisung der Eigenthumsklage kein dritter Besitzer (sofern er nicht successor des früheren Verklagten ist),[18] und aus der Zurückweisung einer auf Grund einer vererbten Schuld gegen einen von mehreren Erben angestellten persönlichen Klage keiner der übrigen Erben die exc. rei judicatae ableiten kann.[19] Dagegen entspringt aus der Correalobligation bloß ein Klaganspruch, weil sie eine einfache Obligation ist, bei deren Begründung nur unbestimmt geblieben ist, welcher von mehreren alternativ berechtigten Gläubigern definitiv berechtigt, oder welcher von mehreren alternativ verpflichteten Schuldnern definitiv verpflichtet sein solle. Und wenn daher von einem der Gläubiger oder gegen einen der Schuldner dieser eine Klaganspruch in judicium deducirt worden ist, demnächst aber von einem der übrigen Gläubiger oder gegen einen der übrigen Schuldner von Neuem geklagt wird, so ist trotz der Verschiedenheit der

16) Auf diesen entscheidenden Punct, der in neuerer Zeit zu sehr übersehen worden ist, macht von practischem Standpunct aus Pfeiffer a. a. O. XXXVII. S. 264 aufmerksam.

17) L. 1, 3, 7 §. 4, l. 14 pr. D. h. t., l. 10 D. de exc. (44, 1), l. 63 D. de re jud. (42, 1), l. 12 D. de jurejur. (12, 2), tit. C. quibus res jud. (7, 56), l. 1 C. inter alios acta (7, 60), l. 2 C. de exc. (8, 36), c. 17, 25 X. de sent. et re jud. (2, 27), c. 25 in f. X. de praeb. (3, 5). Vgl. dazu Keller: Ueber L. C. und Urtheil §. 44, 45, Savigny VI. §. 301.

18) L. 63 D. de re jud. (42, 1).

19) L. 22 D. h. t., l. 63 D. de re jud. (42, 1), l. 2 C. quibus res jud. (7, 56).

Subjecte jene Einrede begründet.[20] Jedoch hat Justinian diese Consequenz insoweit durchbrochen, als die Befreiung der correi debendi[21] nicht schon durch die L. C., auch nicht durch die Verurtheilung, sondern erst durch die Zahlung bewirkt werden soll,[22] wogegen der Absolution des belangten correus (vorausgesetzt, daß sie nicht aus rein persönlichen Gründen erfolgt) ihre objective, den Klaganspruch selbst vernichtende Wirkung stillschweigend belassen ist.[23] Auch ist die alte Regel für den der Correalobligation nahe verwandten Fall der passiven Concurrenz einer a. adjectitiae qualitatis mit der directa actio in Kraft geblieben,[24] wenngleich mit der schon in der classischen Zeit durchgebildeten Modification, daß wenn die abgeleitete Klage auf Weniger als den ganzen Schuldbetrag gerichtet ist, die Consumtion nicht über den in Rechnung gebrachten Betrag hinauswirkt.[25]

Ferner geht die exc. rei judicatae auf diejenigen über, welche nach der L. C. auf dem Wege der Universal- oder Singularsuccession in die Stelle des Klägers oder Verklagten eingetreten sind.[26] Nach R. R. auch auf den dominus, wenn ein Stellverteter für

20) L. 2, 16 D. de duobus reis (45, 2), l. 5 in f. D. de fidejuss. (46, 1), l. 31 §. 1 D. de novat. (46, 2).

21) Wächter: Erörterungen III. S. 58 und Savigny: System VI. S. 25, Oblig. Recht I. S. 183 Note f. wollen dies gegen das übereinstimmende Zeugniß der in Note 20 citirten Stellen auch auf die correi credendi ausdehnen. S. dagegen Puchta: Pandekten §. 235 Note g, Arndts: Lehrbuch der Pand. §. 271 Anm. 4.

22) L. 28 C. de fidejuss. (8, 41). Spuren des alten Rechts finden sich noch in l. 2 D. de duob. reis (45, 2), l. 116 D. de V. O. (45, 1), l. 8 §. 1 D. de leg. I. (30, 1).

23) L. 42 §. 3 D. de iureiur. (12, 2), l. 6 §. 4 D. nautae (4, 9). Vgl. Ribbentrop: Zur Lehre von der Correalobligation, S. 267 fg., Fein im Arch. für civil. Pr. XXVI. S. 398 fg., Pfeiffer a. a. O. XXXVIII. S. 347, Hartmann im Arch. für civ. Pr. L. S. 129 fg.

24) L. 1 §. 24 D. de exerc. act. (14, 1), l. 21 §. 4. D. h. t. (44, 2). In gleichem Verhältniß stehen zu einander die mehreren actiones adjectitiae qualitatis, welche aus einem Obligationsverhältniß entsprungen sind. Vgl. l. 4 §. 5 D. quod cum eo (14, 5), l. 5 §. 1, l. 9 §. 1 D. de tribut. act. (14, 4), und dazu Keller: Ueber L. C. und Urtheil §. 49—51, Savigny: Das Oblig. Recht I. §. 21, Bekker: Die pr. Cons. S. 174 fg., besonders Mandry: Das gemeine Familiengüterrecht II., Tübing. 1876, S. 265 fg., welcher auch die neuere hierher gehörige Literatur anführt.

25) L. 32 §. 3 D. de usuris (22, 1) und dazu l. 30 §. 4, l. 47 §. 2 D. de pec. (15, 1). Vgl. Bekker a. a. O. S. 83 fg., 310 fg. und die Nachweisungen bei Wach zu Keller: Der röm. C. Pr. §. 61 Note 717.

26) L. 9 § 2, l. 11 §. 3, 9, l. 28 D. h. t., l. 25 §. 8 D. fam. erc. (10, 2). Als Singularsuccessoren sind auch diejenigen zu betrachten, welchen dingliche Rechte an dem Streitobject bestellt worden sind, sofern dies nach, nicht vor der L. C. geschehen ist. Vgl. l. 3 §. 1 D. de pign. (20, 1), l. 11 §. 10, l. 29 §. 1 D. h. t. (44, 2).

ihn den Proceß geführt hat, während heut zu Tage zufolge der veränderten Auffassung dieses Verhältnisses von dem Uebergang der Rechtskraft nicht mehr die Rede sein kann,[27] außer in wenigen besonders gestalteten Fällen. Nämlich 1. wenn der Kläger sich mit einem defensor des Verklagten eingelassen hat, und demnächst gegen den Verklagten selbst auftritt;[28] 2. wenn eine ordnungsmäßig durchgeführte Popularklage nachmals von einem anderen Kläger angestellt wird;[29] 3. wenn einer der Miteigenthümer eines Grundstücks confessorisch oder negatorisch klagen will oder verklagt wird, nachdem bereits von einem anderen Miteigenthümer desselben Rechts und derselben Verletzung wegen ein Urtheil erwirkt worden ist, indem die Untheilbarkeit der Prädialservituten jeden Miteigenthümer als solidarischen Vertreter des herrschenden sowohl, als des dienenden Grundstücks erscheinen läßt;[30] und endlich 4. wenn unter Verhältnissen, in denen der Erfolg eines vom Successor Dritten gegenüber geführten Processes auf den Auctor zurückwirkt, der Auctor ohne ausdrücklich zum procurator in rem suam bestellt zu sein, aber doch mit Wissen und stillschweigender Duldung des Successor (als des principaliter zur Sache Legitimirten) den Rechtsstreit übernommen hat, und dann nach entschiedener Sache der Successor klagen will oder verklagt wird („quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est“).[31]

---

27) S. §. 9.

28) L. 11 §. 7, 8 D. h. t. (44, 2). Die Befreiung tritt in diesem, wie in den folgenden Fällen schon mit der L. C. ein. Vgl. §. 9 Note 10.

29) L. 45 §. 1 D. de proc. (3, 3), l. 30 §. 3 D. de jurejur. (12, 2), l. 3 §. 13 D. de lib. hom. exhib. (43, 29), l. 3 pr. D. de pop. act. (47, 23).

30) L. 4 §. 3, 4, l. 19 D. si serv. vind. (8, 5). Vgl. auch l. 1 §. 5 D. de arb. caed. (43, 27). Den juristischen Gesichtspunct bezeichnet l. 31 §. 7 D. de neg. gest. (3, 5). „Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur.“ Abweichend sind jedoch Windscheid: Lehrb. §. 132 Note 5 und die Erk. der Leipziger Juristenfac. und des O. A. G. zu Jena bei Seuffert XXXI, 75, und anders wird das Verhältniß der a. aquae pluviae arc. aufgefaßt in l. 6 §. 1, l. 11 §. 1, 2 D. de aqua (39, 3). Wegen dolus und culpa haftet der handelnde Miteigenthümer den übrigen aus der Communion — l. 20 D. comm. div. (10, 3) —, im Fall der Collusion aber wird denselben wider den Gegner die a. doli gegeben — l. 19 D. si serv. (8, 5) —. Vgl. Savigny VI. S. 479 fg.

31) L. 63 D. de re jud. (42, 1) [wo die Flor. creditor — debitorem den Vorzug verdient vor der Vulg. debitor — creditorem; vgl. überhaupt zur Auslegung dieser Stelle Binding im Arch. für civ. Pr. XLVI. 13.], c. 25 X. de sent. et re jud. (2, 27), und dazu §. 7 Note 3, so wie Keller: Ueber L. C. und Urtheil S. 368 fg., Savigny VI. S. 476 fg. Auf demselben Fundament beruht II. F. 43. Vgl. auch l. 29 §. 1 D. h. t. (44, 2), l. 4 §. 3, 4 D. de app. (49, 1).

In anderer Richtung äußert das vom principaliter Legitimirten erwirkte Urtheil einen mittelbaren Einfluß auf die Rechtsverhältnisse derjenigen, welche am Ausgang des Processes interessirt und deshalb zur accessorischen Intervention berechtigt sind. Diese Personen müssen, ein contradictorisches Verfahren und die Abwesenheit der Collusion vorausgesetzt, das gegen die Hauptpartei ausgefallene Urtheil auch für ihre Beziehungen zu dieser gelten lassen, wie z. B. wenn es sich zwischen Auctor und Successor um die Regreßpflicht handelt.[32] Insbesondere wird hiervon Anwendung auf das Verhältniß der Legatare zum Testamentserben gemacht, indem aus dem Urtheil, durch welches auf Betreiben eines Intestaterben das Testament für ungültig erklärt oder rescindirt worden ist, der Testamentserbe eine Einrede gegen die Ansprüche der Legatare gewinnt.[33] Daß hier das Consumtionsprincip nicht zutrifft, liegt auf der Hand, vielmehr ist der Inhalt des Urtheils entscheidend, welcher sich gleicher Weise auf den Intervenienten auch da erstreckt, wo er der Hauptpartei günstig ist, und dessen über die gewöhnlichen subjectiven Schranken hinausreichende Wirkung nur auf die Fiction der Wahrheit gestützt werden kann. Der Grund dieser Erscheinung aber wird darin zu suchen sein, daß das Rechtsverhältniß, in welchem der Intervenient zum Interventen steht, durch das des Interventen zu dem mit ihm streitenden Dritten bedingt ist, und diese Conditionalität sich auf die judicia überträgt.

Noch weiter reicht die Wirkung des Urtheils in zwei anderen Fällen. 1. Ist die eheliche Geburt eines Kindes und die davon

---

32) Vgl. §. 7 Note 8—11. Je nach der Natur dieses Verhältnisses kann sich jedoch der Auctor schon auf eine culpa levis des Successor berufen, um die Regreßklage von sich abzuwenden. Vgl. l. 29 §. 1, l. 55 pr., l. 56 §. 3, l. 63 §. 2, l. 66 pr. D. de evict. (21, 2), l. 8 C. eod. (8, 45). Vgl. auch §. 7 Note 12 und die in §. 7 Note 32 cit. Stellen.

33) L. 3 pr. D. de pign. (20, 1). l. 50 §. 1 D. de leg. I. (30, 1) l. 14 D. de appell. (49, 1), l. 12 pr. §. 2 C. de H. P. (3, 31), ferner l. 8 §. 16, l. 17 §. 1 D. de inoff. test. (5, 2). Vgl. dazu §. 7 Note 5, so wie Savigny VI. S. 474. Einen ähnlichen Fall behandelt l. 59 §. 1 D. de statulib. (40, 7). Ob auch die Erbschaftsgläubiger sich an den siegenden Erben halten müssen, ist zweifelhaft; daß sie es können, ergeben l. 50 §. 1 in f. D. leg. I. (30, 1), l. 12 §. 1 C. de H. P. (3, 31), daß sie es müssen, folgt freilich nicht unmittelbar aus dem oben aufgestellten Gesichtspunct, aber, wie es scheint, doch mittelbar, da wenigstens die Haftung des Testamentserben von der Gültigkeit des Testaments abhängig ist; auch spricht dafür die Analogie der l. 14 D. de transact. (2, 15) [vgl. Risch: Die Lehre vom Vergleiche S. 199 fg.]. A. M. ist Savigny VI. S. 475, bedenklich Francke: Comm. über den Titel de H. P. S. 95 fg.

abhängige väterliche Gewalt bestritten, so hat das Urtheil, welches in dem vom Vater geführten Processe gefällt wird, für alle Familienglieder Rechtskraft.[34] 2. Wenn Jemand über seine Ingenuität gegen den wirklichen Patron oder einzigen Prätendenten des Patronats gestritten hat, so ist die Entscheidung dieses Processes maßgebend auch im Verhältniß zu fremden Personen.[35] Allerdings werden diese umfassenderen Wirkungen durch die Collusion und Contumacia des unterliegenden Theils ausgeschlossen;[36] wo sie aber eintreten, läßt sich im absoluten Sinne sagen, „ejus rei judicem jus facere" oder „res judicata pro veritate accipitur."[37] Bei allen übrigen Statusklagen dagegen bleibt die Rechtskraft auf die Parteien beschränkt,[38] und fragen wir, warum es sich dort anders verhalte, so ist offenbar der Grund wieder kein anderer, als der, daß die besondere Natur jener Rechtsverhältnisse das Urtheil geeignet macht, durch seinen Inhalt **bedingend** und normirend auf eine Reihe anderer Rechtsverhältnisse einzuwirken.

Was sodann

b. die **objectiven Merkmale** der Identität anbelangt, so kommen als solche das **Object** und der **Grund** der Klage in Betracht („inspiciendum est, an idem **corpus** sit, quantitasque eadem, et idem **jus** et eadem **causa petendi**").[38a] Sehen wir

α. auf das **Object**, so ist dasselbe von einer Seite her wie für die Individualität jedes Rechts, so auch für die jedes **Klagrechts** bestimmend, und Klagen, welche auf verschiedene Objecte

---

34) L. 1 §. 16, l. 2, 3 pr. D. de agn. et al. lib. (25, 3). Vgl. auch l. 1 §. 4 D. lib. exhib. (43, 30), und über die ähnlich zu behandelnden Wirkungen des Urtheils in Ehesachen **Windscheid** a. a. O. §. 132 Note 7. Anders bei der Entscheidung durch den außergerichtlichen zugeschobenen Eid — l. 3 §. 2, 3 D. de jurejur. (12, 2) —.

35) L. 25 D. de statu hom. (1, 5), l. 14 D. de jure patr. (37, 14), l. 27 §. 1 D. de lib. causa (40, 12), l. 1, 3, 4 D. de coll. det. (40, 16).

36) L. 27 §. 1 D. de lib. c. (40, 12), tit. D. de coll. det. (40, 16).

37) L. 3 pr. D. de agn. et al. lib. (25, 3), l. 25 D. de statu hom. (1, 5). Der erste jener Ausdrücke kommt auch in l. 50 §. 1 D. de leg. I. (30, 1) und l. 17 §. 1 D. de inoff. test. (5, 2) vor.

38) L. 42 D. de lib. c. (40, 12), l. 1, 5 D. si ingen. (40, 14). Vgl. über diese Regel und deren in l. 5 D. eod. (verb. „quo ignorante") und l. 63 D. de re jud. (42, 1) (verb. „Nam et si libertus me interveniente") hervorgehobene Modificationen, so wie über die zwei Fälle des Textes **Savigny** a. a. O. VI. S. 472, 473 Note p, Erk. des O. A. G. zu **Dresden** bei Seuffert III, 388.

38a) L. 12, 13, 14 pr. D. h. t. (44, 2). Den gleichen Sinn möchte auch das „id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis" der l. 27 D. eod. haben. Vgl. Note 45.

gerichtet sind, scheinen daher nicht identisch sein zu können. Dennoch ist die Identität der Objecte weder in qualitativer, noch in quantitativer Beziehung ein absolutes Erforderniß für die Identität der Klagen.[39]

Geht die neue Klage, die Gleichheit der sonstigen Merkmale unterstellt, auf etwas im Object der früheren Klage Enthaltenes, d. i. auf Weniger, so ist der jetzt verfolgte Theil bereits Gegenstand der Klage gewesen, die Identität also nicht zweifelhaft, und mag die frühere Klage die Verurtheilung oder Freisprechung des Verklagten, oder theils das Eine, theils das Andere zur Folge gehabt haben, immer ist die Einrede der Rechtskraft begründet.[40] So also z. B., wenn 100, oder Stichus und Pamphilus, oder eine Heerde eingeklagt worden waren, und nunmehr auf 60, oder allein auf Stichus, oder auf ein einzelnes Stück der Heerde geklagt wird.[41] Anders verhält sich dies nur dann, wenn die frühere Klage theilweise zur Zeit zurückgewiesen worden ist, weil die eingeklagten Leistungen noch nicht sämmtlich fällig waren; denn dadurch hat gerade die erneuerte Klagestellung dem Kläger vorbehalten werden sollen.[42]

Lassen sich dagegen die Objecte beider Klagen neben einander denken, so sind sie der Regel nach nicht identisch und können sowohl gleichzeitig als nach einander eingeklagt werden, selbst wenn sie aus einem Rechtsgrund geschuldet sind. Der Umstand, daß der Richter in dem ersten Verfahren, um über den Theil urtheilen zu können, das Recht auf das Ganze hat untersuchen müssen, übt auf das nachfolgende Verfahren keinen anderen Einfluß, als daß

39) L. 14 pr. D. eod.: — „Idem corpus in hac exceptione non utique omni pristina qualitate et quantitate servata, nulla adjectione deminutioneve facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur."

40) L. 7 pr. D. h. t. (44, 2).

41) L. 21 §. 1, 2, l. 26 §. 1, l. 30 pr. D. eod. Als Theil des Hauses sind jedoch nicht die in dasselbe verbauten tigna und caementa anzusehen, weil sie einem Anderen, als dem Eigenthümer des Hauses gehören können — l. 7 §. 2 D. eod. und dazu Bekker a. a. O. S. 237 —, wogegen bei den nach der L. C. zur Existenz gekommenen Früchten und partus unterschieden werden muß, ob sie noch nachträglich in dem anhängigen Proceß in Anspruch genommen worden sind (in restitutionem venerunt), oder nicht, indem nur im ersten, nicht im letzten Fall die auf dieselben gerichtete neue Klage (rücksichtlich der Früchte ist eine solche wohl nur dem m. f. possessor gegenüber möglich) durch die Consumtion ausgeschlossen ist. Vgl. l. 7 §. 1, 3 D. eod. und dazu Bekker a. a. O. S. 237 fg., Windscheid: Die actio S. 97 fg. Nicht hierher gehört l. 21. §. 3 D. eod., über welche Note 70a zu vgl. ist.

42) Ueber die in diesem Falle Statt findende Auffassung des R. R. vgl. Bekker a. a. O. S. 64 fg.

das dort gesammelte Beweismaterial hier wieder benutzt werden kann.[43] Jedoch gibt es einen Fall, in welchem die Klagen identisch sind, ungeachtet der Verschiedenheit der Objecte. Sind nämlich mehrere Objecte aus einer Obligation nicht copulativ, sondern alternativ (oder in genere) geschuldet nach des Gläubigers Wahl, das eine oder das andere, so wird wegen der Einheit der Obligation auch nur eine Klage gegeben, und, wenn der Gläubiger nach Einklagung des einen Objects das andere fordern wollte, der neuen Klage die exc. rei judicatae entgegengestellt.[44] Ebenso entspringt aus einer Obligation der Anspruch auf das ursprüngliche Object und der auf Entschädigung. Ist daher die auf das ursprüngliche Object gerichtete Klage zurückgewiesen worden, weil der Verklagte den Untergang desselben dargethan, der Kläger aber eine Verschuldung nachzuweisen versäumt hat, so kann nicht von Neuem auf Entschädigung geklagt werden; während wenn der Verklagte verurtheilt worden ist, ohne daß der Untergang überhaupt zur Sprache gekommen, die Liquidation als vorbehalten zu betrachten ist.

β. In Beziehung auf den Grund der Klage bezeichnet das R. R. die „eadem res“ als „idem jus et eadem causa petendi“,[44a] als „eadem quaestio“,[44b] als „eadem causa proxima actionis“,[45] und drückt damit aus, daß nicht auf ein einzelnes all=

43) L. 20, 21 pr. D. h. t. [vgl. zu diesen Stellen Keller: Der röm. C. P. §. 44 N. 511, Krüger a. a. O. S. 59 fg.], l. 46 §. 5 D. de adm. tut. (26, 7), l. 1, 2 C. de jud. (3, 1). Hierher gehört auch die Entscheidung der l. 14 §. 1 D. h. t. und l. 33 §. 1 D. de usufr. (7, 1), so weit sie sich auf die accrescirende Portion des ususfr. bezieht, während das, was die zweite Stelle [vgl. auch l. 2 D. si pars. hered. (5, 4)] über die accrescirende Portion der Proprietät sagt, auf einem anderen Princip beruht (Note 92). Nicht entgegen ist l. 26 pr. D. h. t., weil die servitus usque ad XX pedes altius non tollendi keine Theilung zuläßt. Die abweichenden Bemerkungen von Windscheid: Lehrb. I. S. 385 fg. finden, soweit sie sich auf l. 3, 7 §. 4, 5 D. h. t. stützen, unten in Note 75 ihre Erledigung (vgl. auch Kleinschrod a. a. O. S. 167). Im Uebrigen bezieht sich, was Windscheid in und zu Note 12 sagt, nicht auf die Frage, inwiefern die Identität des Objects die exc. rei judicatae bedinge, sondern auf die andere, ob die Gleichheit des Klaggrundes bei der successiven Einklagung selbständig verfolgbarer Einzelpräſtationen zu jener Einrede berechtige. S. darüber die Note 94, so wie Bekker: Die Aktionen I. S. 348.

44) L. 75 §. 8, l. 112 pr. D. de V. O. (45, 1), l. 75 §. 3 D. de leg. I. (30, 1), l. 19 D. de leg. II. (31, 1).

44a) L. 13, 14 pr. D. h. t. Die beiden Ausdrücke ergänzen einander ohne nothwendige Beziehung auf actives und passives Klagfundament.

44b) L. 3, 7 §. 1, 4, l. 19 D. eod. Vgl. auch l. 28 §. 4 D. de jurejur. (12, 2), l. 21 D. de exc. (44, 1).

45) L. 27 D. eod. Daß nach dem Gedankengang dieser Stelle der obige Ausdruck nicht die Rechtsverletzung bezeichnen könne, hat Briegleb: Vermischte

gemein maaßgebendes Moment, sondern bei jeder Klage auf die ihre juristische Individualität bestimmenden Momente zu sehen sei, also bei den Civilklagen auf das zu Grunde liegende Recht (die intentio in jus concepta), jedoch mit Berücksichtigung etwaiger in die frühere Klage (durch praescriptio pro actore) eingefügter Beschränkungen, und wenn es sich um Klagen aus Forderungsrechten handelt, zugleich auf deren Entstehungsgrund (die demonstratio), bei den Honorarklagen auf die sie ohne Vermittelung eines dazwischen stehenden Rechts erzeugenden Thatsachen (die intentio in factum concepta),[45a] bei den actiones in rem insbesondere aber auch auf die Thatsache der Verletzung.

Dieses nur bei den actiones in rem hervortretende passive Klagfundament besteht in einem positiven Eingriff, welcher öfter gegen dasselbe Recht wiederholt werden kann, und dann jedes Mal eine neue von der älteren verschiedene Klage erzeugt. Wenn daher der jetzige Verklagte schon früher einmal mit der R. V. belangt worden ist, so steht ihm gegen die auf einen späteren Besitzerwerb basirte neue Klage die exc. rei judicatae nicht zur Seite.[46] Ein Gleiches muß rücksichtlich der a. confessoria und a. negatoria gelten; nur werden diese Klagen auch schon durch vereinzelte Störungen veranlaßt, und es versteht sich von selbst, daß deren Fortsetzung als neue Verletzung nicht in Betracht kommen kann; durch die Verurtheilung werden daher fernere Störungen verboten, und wenn sie trotzdem Statt finden, bilden sie den Anlaß zu einem Executionsantrage.[47] Eben so möchte es in unserem Processe mit der hereditatis petitio zu halten sein, falls der Verklagte nach der Verurtheilung noch etliche von den zur Erbschaft gehörigen Sachen an sich nimmt, da offenbar durch jenes Urtheil das Recht des Klägers auf alle Theile der Masse zur Anerkennung gelangt ist („nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitio-

---

Abhandl., Erlang. 1868, Nr. VI. mit Recht geltend gemacht gegen Bekker a. a. O. §. 19, der ihm jetzt (Die Aktionen I. S. 341) beistimmt.

45a) Vgl. §. 14 Note 2, 3, 24, 25, so wie Kleinschrod a. a. O. §. 8.

46) L. 9 pr., l. 17, 18 D. h. t., l. 8 pr. D. ratam rem (46, 8). Ueber l. 9 §. 1 D. h. t. und l. 16 §. 5 D. de pign. (20, 1) vgl. Bekker a. a. O. S. 269 fg. und S. 317 fg., welcher bei Erklärung dieser Stellen von Ribbentrop: Comm. ad l. 16 §. 5 de pign. et l. 9 §. 1 de exc. rei jud., Goett. 1824, Keller: Ueber L. C. u. Urth. §. 70 fg. (vgl. jedoch dens.: Der röm. C. Pr. Note 856) und Buchka: Vom Einfluß I. §. 6 abweicht. S. auch Krüger a. a. O. S. 117 fg. 156, Rümelin a. a. O. S. 23 fg.

47) S. den §. 46 Note 43.

nem deduci").[48] Wie sich das R. R. in diesem Falle geholfen habe, ist nirgends ausdrücklich bemerkt, wahrscheinlich durch Cautionen,[49] wogegen wegen der Entziehung von Erbschaftssachen, die einmal in den Besitz des Erben gekommen waren, Singularklagen angestellt werden können und müssen.

Die Klagen aus Forderungsrechten setzen deren Nicht-Erfüllung, also eine Unterlassung voraus, und es ist daher nicht möglich, daß auf Grund desselben Forderungsrechts wiederholte Klagen entstehen. Allerdings nimmt bei den obligationes non faciendi die Verletzung die Form einer positiven Thätigkeit an, und ist diese von der Art, daß sie öfter vorgenommen werden kann, so scheint sich auch eine wiederholte Verletzung denken zu lassen. Da indeß die obligationswidrige Handlung die Natur einer den Anspruch auf das Interesse bedingenden Thatsache hat, so ist, wenn diese einmal eingetreten, das ganze Interesse geschuldet, und die Wiederholung der obligationswidrigen Handlung ohne weiteren Einfluß.[50] Daß die ädilicischen Klagen wegen verschiedener vitia öfter angestellt werden dürfen,[51] hat seinen Grund darin, daß sie nicht aus der Vertragsobligation entspringen. Und wenn aus dem Depositum einmal de dolo defuncti, ein anderes Mal de dolo heredis soll geklagt werden können, so ist an das s. g. depositum miserabile zu denken, an welches in dieser zwiefachen Richtung prätorische Klagen geknüpft sind.[52] Selbst die s. g. actiones in

---

48) L. 7 §. 5 D. h. t. Vgl. auch l. 4, 18 §. 2, l. 20 §. 4 D. de H. P. (5, 3), l. 1 §. 1 D. si pars hered. (5, 4), l. 11 §. 3 D. de jurejur. (12, 2), und dazu Dernburg: Ueber das Verhältniß der H. P. zu den erbschaftlichen Singularklagen S. 55 fg. gegen Keller a. a. O. S. 276. Nicht entgegen l. 13 D. de exc. (44, 1), welche nur sagt, daß die exc. praejudicii nicht Statt finde.

49) Arg. l. 16 pr. D. de H. P. (5, 3), wo wegen bedingter und betagter Erbschaftsforderungen dem mit der H. P. Belangten eine cautio de restituendo hoc debito auferlegt wird. Wenn aber auch das R. R. eine Singularklage gestattete, in ähnlicher Art, wie es die a. communi dividundo nach der a. familiae erciscundae zuließ, „si quaedam res indivisae relictae sint" — l. 20 §. 4 D. fam. erc. (10, 2) —, so wird dadurch an der oben für unser Recht aufgestellten Behauptung nur so viel geändert, daß der Kläger zwischen beiden Wegen wählen kann.

50) Vgl. die dunkle l. 133 D. de V. O. (45, 1) und über dieselbe die gl. ad h. l. Eine wiederholte Klage konnte jedoch durch praescriptio vorbehalten werden, und für die prätorischen Stipulationen scheint allgemein die Auffassung gegolten zu haben, daß in der einen Stipulationsform mehrere Stipulationen zusammengefaßt seien. Vgl. l. 1 §. 6 D. usufr. quemadm. (7, 9), l. 3 §. 9 D. si cui plus (35, 3), l. 4 §. 7 D. rem pup. (46, 6), l. 18 D. rat. rem (46, 8).

51) L. 31 §. 16, l. 48 §. 7 D. de aedil. ed. (21, 1), l. 32 §. 1 D. de evict. (21, 2).

52) Vgl. l. 22 in f. D. h. t., mit l. 1 §. 1, l. 18 D. depos. (16, 3), §. 17,

rem scriptae aber, die a. ad exhibendum,[53] die Noxalklagen u. s. w., obschon sie dem Effecte nach wie die R. V. behandelt werden, bilden doch nur scheinbar eine Ausnahme, da sie aus wandelbaren Obligationsverhältnissen entspringen.

Schwieriger bestimmt sich die Identität des activen Klagfundaments. Dieses besteht (abgesehen von den actiones in factum) bei den actiones in rem in dem dinglichen Recht, bei den actiones in personam in der Obligation, woraus geklagt wird. Der Entstehungsgrund ist an sich irrelevant. Allerdings aber unterscheiden sich die dinglichen Rechte von den Obligationen darin, daß jene nicht mehrmals an demselben Object existiren können, daß also trotz der Mehrheit der Entstehungsgründe an einer Sache nur ein Eigenthum möglich ist, Obligationen dagegen in Beziehung auf ein Object so viele entstehen und bestehen, als Entstehungsgründe vorhanden sind.[54] Demnach wird die Individualität persönlicher Klagen mit durch den Entstehungsgrund bestimmt,[55] die der dinglichen nicht.[56] Ist der Sclav Stichus zuerst aus einer Stipulation gefordert worden, so steht der demnächst aus einem Testament abgeleiteten Klage die exc. rei judicatae nicht entgegen,[57] während die auf einen anderen Entstehungsgrund gestützte R. V. durch diese Einrede elidirt wird,[58] falls nicht das Eigenthum neu (d. i. nach der im ersten Verfahren vollzogenen L. C.) entstanden ist.[59] Jedoch scheint das R. R. die Beschränkung der Eigenthumsklage und ihrer Formel auf einen einzelnen Erwerbsgrund (expressa causa) für zulässig gehalten zu haben,[60] und jedenfalls ist dies die Auffassung der

---

23, 26 I. de act. (4, 6), und dazu Bekker a. a. O. S. 253 fg., so wie Keller a. a. O. S. 539 und Ribbentrop: Correaloblig. §. 19.

53) S. Note 46.

54) L. 14 §. 2 D. h. t.

55) Im römischen Formularproceß diente die demonstratio dazu, die abstracte Fassung der intentio (bei der condictio incerti und den b. f. actiones) zu individualisiren. Vgl. §. 14 Note 24.

56) L. 11 §. 5 D. h. t. [— „nam qualecunque et undecunque dominium acquisitum habuit, vindicatione prima in judicium deduxit“], l. 14 §. 2 D. eod. [— „omnes causae una petitione apprehenduntur“].

57) L. 14 §. 2 D. cit. [— „singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur“], l. 93 §. 1 D. de leg. III. (32, 1), l. 28 §. 13, 14 D. de lib. leg. (34, 3) l. 18 D. de O. et A. (44, 7).

58) L. 11 pr. §. 1, 5 D. h. t. Vgl. auch l. 30 pr. D. eod.

59) L. 11 §. 4, 5, l. 21 §. 3, l. 25 pr. D. eod.

60) L. 11 §. 2 D. eod. [— „Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa

Praxis,[61] so daß, da nach dem J. R. A. §. 34 der Erwerbsgrund immer schon in der Klage angeführt werden soll,[62] die Wiederholung der Klage unter Anführung eines anderen Erwerbsgrundes überall möglich ist.[63]

Dies vorausgeschickt versteht sich von selbst, daß wenn verschiedene Rechte durch eine und dieselbe Thatsache verletzt sein sollten, die Klagen doch verschiedene sind. Die Entscheidung der Besitzesklage begründet daher niemals die Einrede der Rechtskraft für die künftige Eigenthumsklage,[64] die a. confessoria wegen actus ist nicht ausgeschlossen durch die vorausgegangene Klage auf iter,[65] die Aburtheilung der Eigenthumsklage hindert nicht die spätere Anstellung der condictio furtiva.[66] Nur so viel läßt sich sagen, daß wenn mehrere Klagen in einer Beziehung dieser Art zu einander stehen, ihren nächsten Grund also in derselben verletzen-

---

adjecta, non debet summoveri exceptione"], l. 14 §. 2 D. eod. [— „at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur"]. Puchta im Rhein. Museum II. S. 251—270, III. S. 467—487, Cursus der Inst. II. §. 175 versteht unter der „causa adjecta" der ersten Stelle einen späteren Entstehungsgrund, und nimmt die Worte „non expressa causa" der zweiten gleichbedeutend mit „cum non exprimatur causa;" ihm sind gefolgt Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. S. 152, 422, Buchka a. a. O. I. S. 145 (für das R. R.). Dagegen behaupten die Möglichkeit einer Beschränkung der a. in rem durch praescriptio [vgl. rücksichtlich der liberalis causa l. 7. §. 2 D. de H. P. (5, 3)], und verstehen die bezeichneten Ausdrücke von einer solchen Heffter im Rhein. Museum III. S. 222—238, Brackenhoefft: Von der Identität S. 116 fg., Wächter: Handbuch des Würt. Pr. R. II. S. 445, Savigny VI. S. 465 u. Beil. 17, Bekker a. a. O. S. 249, so wie Keller: Der röm. C. P. Note 473, 857 und Bethmann-Hollweg: Der röm. C. P. II. §. 90 Note 7, die jedoch die adjecta causa in die intentio setzen. Für das heutige Recht ist auch Buchka a. a. O. II. S. 192 einverstanden. Nach l. 2, 11 pr. D. h. t. restituirte der Prätor unter Umständen die consumirte Klage, um die Geltendmachung eines anderen Entstehungsgrundes möglich zu machen.

61) S. schon c. 3 in VI. de sent. (2, 14). Vgl. Savigny VI. S. 518.

62) Diese Regel wird in §. 71 unter 4. genauer entwickelt werden. Vgl. Buchka II. S. 198 und die daselbst Citirten.

63) Hiermit stimmen überein Wächter: Handbuch II. S. 445, Kierulff: Theorie S. 257, Buchka II. S. 198 fg., wogegen Savigny VI. S. 534 nicht nur eine ohne causa expressa angestellte R. V. zulassen will (unter Bezugnahme auf Heffter: System §. 343), sondern auch nicht einmal die bloße Anführung einer causa für eine ausreichende Beschränkung hält. Ihm folgt in letzterer Beziehung Kleinschrod a. a. O. S. 204 mit Berufung auf die Eventualmaxime, ohne jedoch zu beweisen, daß alle Erwerbsgründe bei dem Nachtheile des Ausschlusses gleichzeitig geltend zu machen seien. Vgl. das Erk. des O. A. G. zu Berlin bei Seuffert XXIX. 81 und die das. ang. Erkenntnisse.

64) L. 14 §. 3 D. h. t., l. 12 §. 1 D. de acqu. v. amitt. poss. (41, 2), l. 18 §. 1 D. de vi (43, 16), l. 2 D. de interd. Salv. (43, 33).

65) L. 11 §. 6. D. h. t.

66) L. 31 D. h. t., l. 9 §. 1, l. 54 §. 3 D. de furt. (47, 2), l. 10 pr. D. de cond. furt. (13, 1).

den Thatsache haben, und denselben Nachtheil von dem Kläger abwenden sollen, alsdann die Leistung, welche auf Grund der einen Klage erfolgt, auch die andere aufhebt, mit anderen Worten, daß mehrere auf verschiedenem Rechtsgrund beruhende, aber auf dasselbe Ziel gerichtete Klagen eben so wie solidarische Obligationen zu beurtheilen sind.

Die Identität des activen Klagfundaments ist jedoch nicht schlechthin unvereinbar mit einer Verschiedenheit der Form und des Namens der Klagen. Es kommt vor, daß aus einem und demselben Rechtsverhältniß verschiedene Klagen entspringen, die dem Berechtigten zwar sämmtlich, aber doch in keinem anderen Sinne zu Gebote stehen, als in welchem ihm aus einer alternativen Obligation mehrere Objecte geschuldet werden, das eine oder das andere, also im Grunde doch nur eines. Hier muß die Wahl der einen Klage die andere vernichten.[67] So sprechen sich die Quellen über das Verhältniß der a. tutelae zu der a. de rationibus distrahendis,[68] der a. redhibitoria zu der a. quanti minoris,[69] der auf dem Delict des Sclaven beruhenden Klage zu der aus der scientia des Herrn verliehenen,[70] der R. V. zu der a. negatoria in der Richtung gegen den Besitzer des usufructus aus.[70a] Ebenso kann die condictio certi wegen Bereicherung mit anderen persönlichen Klagen, z. B. mit der a. pro socio, mandati, negotiorum gestorum,[71] die a. neg. gestorum wieder mit der a. mandati,[72]

67) L. 43 §. 1 D. de R. J. (50, 17) [„Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet"], l. 7 §. 4 D. h. t. [„Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii"], l. 5 D. eod.

68) L. 1 §. 21 D. de tut. et rat. distr. (27, 3).

69) L. 25 §. 1. D. h. t.

70) L. 4. §. 2, 3 D. de noxal. act. (9, 4) und dazu Bekker a. a. O. S. 259 fg.

70a) L. 21 §. 3 D. h. t. Die richtige Erklärung dieser Stelle gibt die gl. ad h. l. Die Worte „postea usumfructum ejusdem fundi petam" sind von der a. negatoria zu verstehen, was nach der Ausdrucksweise der römischen Juristen — cf. l. 5 §. 3 D. si ususfr. pet. (7, 6), l. 2 pr. D. si serv. vind. (8, 5) — nicht auffallen kann. Abweichend Krüger: Proc. Cons. S. 171 fg. Eine Concurrenz der im Texte genannten beiden Klagen nimmt mit Rücksicht auf l. 9 D. de R. V. (6, 1) auch Zachariä in der Zeitschr. für gesch. R. W. XII. S. 286 an.

71) L. 5 D. h. t., l. 28 §. 4 D. de jurejur. (12, 2), vgl. mit l. 9 pr. D. si certum pet. (12, 1), und dazu Bekker S. 260.

72) L. 5 D. h. t. Diese schon in der vorigen Note citirte Stelle bezieht sich zunächst auf die c. judicio sisti, und wird deshalb von Buchka: Vom Einfluß I. S. 97, Windscheid a. a. O. S. 79, Krüger a. a. O. S. 64 Note 2

die a. finium regundorum mit der R. V.,[73] die a. communi dividundo rücksichtlich der praestationes personales mit der a. pro socio[74] in der Art concurriren, daß die eine Klage die andere consumirt. In einigen dieser Fälle hat das Gesetz selbst verschiedene Rechtsmittel an vollkommen gleiche Voraussetzungen (z. B. an die Mängel des Kaufobjects) geknüpft und dadurch das Wahlrecht begründet; in den meisten aber entspringt die eine der concurrirenden Klagen quasi ex contractu, d. i. aus einem flüssigen Rechtsverhältniß, welches als solches im Stand ist, bald ein einzelnes Moment (z. B. die Bereicherung) aus dem Zusammenhang eines anderen Rechtsverhältnisses herauszugreifen und als selbständiges Klagfundament hinzustellen, bald von den umfassenderen Voraussetzungen einer bestehenden wahren Vertragsobligation abzusehen und sich mit beschränkterer Wirkung zu begnügen (wie bei der negot. gestio im Vergleich mit der Mandatsobligation), bald endlich ein anderes engbegrenztes Recht in den eignen weiteren Kreis hereinzuziehen (z. B. die Geltendmachung des Eigenthums in die Grenzregulirung).

Aus nahe liegenden Gründen findet eine ähnliche Concurrenz Statt zwischen der hereditatis petitio und den Singularklagen, mit welchen der Erbe die auf ihn übergegangenen Rechte gegen den Erbschaftsbesitzer (oder Erbschaftsschuldner als juris possessor) geltend machen kann. Die allerdings denkbare Verschiedenheit der Objecte steht hier nicht im Wege. Denn da die H. P. alle zur Erbschaft gehörigen Sachen und Rechte umfaßt, so läßt sie, wenn zuerst in judicium deducirt, für die Singularklagen keinen Raum, und richtet sich, wenn nach diesen angestellt, mit auf Objecte, welche bereits Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung sind oder gewesen sind.[75] Dagegen kann eine Singularklage nach der anderen angestellt, und durch Ausscheidung der bereits einzeln verfolgten Objecte (praescriptio) auch die nachfolgende Universal-

nicht als für den Text beweisend angesehen. S. jedoch Savigny VI. S. 418b., Bekker S. 23. Die l. 6 §. 1 D. mand. (17, 1) will wohl nur auf die Verschieschiedenheit beider Klagen aufmerksam machen, ohne auszusprechen, daß in keinem Falle die Wahl zwischen ihnen freistehe.

73) L. 1 D. fin. reg. (10, 1): „Finium regundorum actio in personam est, licet pro rei vindicatione est.“

74) L. 38 §. 1 D. pro socio (17, 2) vgl. mit l. 43 D. eod.

75) L. 7 §. 4, 5 D. h. t. [— „Et ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis, hereditatem petat, exceptione summovebitur“], l. 22 §. 8 D. ratam rem (46, 8). Vgl. auch l. 27 §. 8 D. de pactis (2, 14) und Windscheid a. a. O. S. 91 fg.

klage möglich gemacht werden.[76] Nur braucht sich der Verklagte auf die vorausgehende Singularklage nicht einzulassen; er kann den Kläger mit der exc. praejudicii zur Anstellung der H. P. nöthigen, weil dieser Klage als der wichtigeren ohne Zweifel vor den durch das Erbrecht bedingten Singularklagen der Vortritt gebührt.[77] Dagegen spricht dafür, daß nach der H. P. noch diese oder jene Singularklage zugelassen werde, auch nicht einmal das practische Bedürfniß. Aller derjenigen Sachen, welche zur Zeit des Erbschaftsprocesses in Besitz des Verklagten sind, vermag sich der Kläger durch den Antrag auf eidliche Manifestation zu versichern,[78] und rücksichtlich der erst nach der Verurtheilung occupirten genügt ein einfacher Executionsantrag.[79]

So viel über die Merkmale der Identität. Gleichgültig ist die Form des Verfahrens (Proceßart)[79a] und der Rechtsverfolgung, und namentlich findet die exc. rei judicatae auch dann Statt, wenn derselbe Anspruch das eine Mal klagweise, das andere Mal in Form einer Einrede, z. B. der Compensationseinrede geltend gemacht wird. Jedoch darf man sich in diesem Fall dem einen wie dem anderen Angriff gegenüber nicht schon auf die Litispendenz, sondern erst auf das Judicat berufen,[80] auf dieses aber allerdings ohne Unterschied zwischen An- und Aberkennung (die letztere natürlich als eine wahre absolutio ab actione gedacht[81]) ganz nach den Grundsätzen der Consumtion.[82] Je nachdem also zuerst über die Einrede oder über die Klage erkannt wird, tritt

---

76) Vgl. Dernburg: Ueber das Verhältniß der H. P. zu den Sing. Kl. S. 49.

77) Gai. IV. 133, l. 5 §. 2 D. de H. P. (5, 3), l. 13 D. de exc. (44, 1) und dazu §. 64 Note 50.

78) S. §. 28 Note 28, 29.

79) S. das oben zu Note 48, 49 Bemerkte.

79a) Vgl. Goldschmidt im Arch. für civ. Pr. L. S. 52 fg. und die dort Note 9 Angeführten. Selbstverständlich begründet die Entscheidung in summario nicht unter allen Umständen die exc. rei judicatae für das ordinarium, wohl aber ist überall das Umgekehrte der Fall.

80) L. 8 D. de comp. (16, 2): „In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur.“ Vgl. auch l. 7 §. 1 D. eod., l. 8 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5), l. 18 §. 4 D. commod. (13, 6), l. 1 §. 4 D. de contr. tut. act. (27, 4) und §. 14 N. 48.

81) Wird die Klage wie angebracht abgewiesen (absolutio ab instantia), oder kommt die Einrede z. B. wegen Mißlingens des Klagbeweises gar nicht in Betracht, so kann von der Consumtion natürlich keine Rede sein. Vgl. die Stellen der vorigen Note, in denen zwischen „rationem compensationis non habere“ und „compensationem reprobare“ unterschieden wird.

82) Vgl. Bekker a. a. O. S. 126 a. E.

dieser die exceptio, jener die repl. rei judicatae entgegen. Dies scheint auch da zuzutreffen, wo Jemand in einem früheren Verfahren die wider ihn angestellte R. V. durch die Einrede zu elidiren gesucht hat, daß er der wahre Eigenthümer sei, und dann nach entschiedener Sache seinerseits klagend auftritt.[83] Sehen wir aber hierbei von dem Erfolge des Einredebeweises und dem Ausgang des ersten Verfahrens ab, so kann daraus allein, daß über das Eigenthum des jetzigen Klägers schon früher einmal gestritten worden ist, die exc. rei judicatae um deswillen nicht abgeleitet werden,[84] weil jener vom Besitzer vorgeschützten Einrede kein Klagrecht (rei vindicatio) zu Grund lag,[85] und sie deshalb außer Stande war, die ohnehin erst später entstandene Eigenthumsklage zu consumiren.[86]

Obschon aber die exc. rei judicatae vorzugsweise bestimmt ist, die consumirende Wirkung des Processes zu realisiren, so ist dies doch keineswegs ihre einzige Anwendung. Es gibt Fälle, in denen sie der Condemnation als solcher dient (anstatt der a. judicati) und dem früheren Kläger zusteht, es gibt ferner Fälle, in denen sie aus der Absolution als solcher entspringt und wieder dem früheren Verklagten verliehen wird. Von diesen Fällen ist jetzt noch zu reden.

---

83) S. über diesen Fall den §. 46 Note 16.

84) Anders entscheidet diesen Fall Savigny VI. S. 365 mit Rücksicht auf die von ihm in sehr weitem Umfang angenommene Rechtskraft der Entscheidungsgründe. S. dagegen die ganz allgemein lautenden Schlußworte der l. 15 D. h. t.: „— si vero meam non esse (pronuntiatum est), nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua."

85) Auf demselben Princip beruht die Entscheidung der l. 18 D. de evict. (21, 2), verbunden mit l. 17 D. eod., indem die exc. rei vend. et traditae gar nicht bezweckt, den auf das Interesse gerichteten Evictionsanspruch zu realisiren, und deshalb auch ihre Verwerfung der Anstellung der a. emti oder ex stipulatu nicht entgegenstehen kann („et si — — opposita ea nihilominus evictus sit"). Willkührlich erklärt diese Stelle Savigny VI. S. 429.

86) Nicht entgegen l. 24 D. h. t. Nach dieser Stelle soll die der a. Publ. opponirte exc. dominii durch die repl. rei judicatae elidirt werden können, wenn vorher der Verklagte gegen den Kläger die R. V. angestellt hatte und abgewiesen worden war. Es wird also angenommen, daß durch die exc. dominii wie durch die R. V. das Eigenthum geltend gemacht werde, obschon der Excipient besitzt, und es scheint damit allerdings das geleugnet zu sein, was der Text behauptet. Allein da der Verklagte, statt sich der exc. dominii zu bedienen, auch restituiren und dann vindiciren könnte, so ist klar, daß diese Einrede einem Klagrecht vergleichbar ist, während es der im Text erwähnten Einrede nur darauf ankommt, das Eigenthum des Klägers zu negiren, wobei gleichgültig ist, ob der Verklagte sein Eigenthum oder das eines Anderen nachweist. — Eine ganz verkehrte Erklärung der l. 24 D. cit. gibt Wächter: Erörterungen III. S. 136. S. dagegen Pfeiffer im Arch. für civ. Pr. XXXVII. S. 252.

Erstens. Daß der neue Anspruch, welchen die Condemnation begründet hat (obligatio judicati), auch einredeweise, zur Compensation benutzt werden könne, wie irgend ein anderes Forderungsrecht, versteht sich so sehr von selbst, daß daran auch ohne ausdrückliche Quellenzeugnisse nicht zu zweifeln ist. Aus der vorher geschehenen rechtskräftigen Anerkennung seines Gegenanspruchs folgert der Verklagte die Nichtexistenz des jetzt gegen ihn geltend gemachten Klaganspruchs. Zwar wird diese Einrede nicht exc. rei judicatae zu nennen sein, sie beruht aber nichts desto weniger auf dem Judicat. Etwas Aehnliches nun kommt bei dinglichen Rechten vor. Diese haben als absolute Rechte das Besondere, daß sie dem auf Grund einer dinglichen Klage Verurtheilten abstract genommen die Möglichkeit gewähren, nachher seinerseits dieselbe Klage gegen den früheren Kläger und jetzigen Besitzer anzustellen, ohne daß gesagt werden kann, die neue Klage sei mit der alten identisch und durch das Consumtionsprincip ausgeschlossen. Wohl aber darf ihr der Verklagte entgegen halten, er habe das, was ihm jetzt wieder abgestritten werden solle, auf Grund eines rechtskräftigen Urtheils, durch welches sein Recht anerkannt, und folglich das des Gegners negirt worden sei, und dieser zur Beseitigung der neuen Klage geeignete Einwand wird ausdrücklich als exc. rei judicatae bezeichnet.[87] Auf die H. P. ist hiervon dann Anwendung zu machen, wenn beide Theile Erbschaftssachen besitzen; hat der eine die Anerkennung seines Erbrechts bewirkt, so steht der Klage des anderen die Einrede der Rechtskraft entgegen.[88] Eben so schlägt der mit der a. confesssoria Durchgedrungene die a. negatoria zurück und umgekehrt. Nicht ganz das Gleiche aber gilt von der a. hypothecaria. Da eine und dieselbe Sache Mehreren nach einander verpfändet sein kann, so läßt die gerichtliche Anerkennung des Pfandrechts des Klägers noch keineswegs den Schluß zu, daß der Verklagte nicht Pfandgläubiger sei. Vielmehr fragt es sich, ob der Verklagte ein besseres Pfandrecht behauptet und

---

87) L. 30 §. 1 D. h. t., l. 40 §. 2 D. de proc. (3, 3). Bekker S. 128 fg. will auch in diesem Fall die Consumtionstheorie gegen Keller: Ueber L. C. und Urtheil §. 28 durchführen. Allein dieser Versuch scheint schon an der Fassung, welche hier der exc. rei jud. gegeben wurde, scheitern zu müssen. Vgl. l. 9 §. 1 D. h. t., l. 16 §. 5 D. de pign. (20, 1). Vgl. auch Krüger a. a. O. §. 21, Kleinschrod a. a. O. S. 176 fg. Die l. 24 D. h. t. (Note 86) gehört nicht hierher.

88) L. 15 D. h. t. Die Verschiedenheit der Objecte steht nicht im Wege. Vgl. Note 48.

dadurch die Priorität in den Streit hereingezogen, oder ob er dies nicht gethan habe. Im ersten Fall wird durch die Verurtheilung des Verklagten nicht bloß das Pfandrecht des Klägers an sich, sondern dessen besseres Pfandrecht anerkannt, und deshalb gegen die nachfolgende Pfandklage des Verklagten die exc. rei judicatae gestattet; im anderen ist diese Einrede nicht begründet.[89] Dagegen darf nirgends aus der Abweisung der angestellten in rem actio eine positive Berechtigung des Verklagten gefolgert werden, welcher, wenn nachmals zur Klage veranlaßt, des Beweises seines Klagrechts nicht überhoben ist, selbst wenn er durch einen materiell gleichen Beweis die frühere Klage elidirt haben sollte.[90]

Zweitens. Ein wesentlich anderer Gesichtspunct entscheidet, wo zweien Sachen dasselbe Rechtsverhältniß in der Art zu Grund liegt, daß es in der einen das zu realisirende Recht selbst, in der anderen eine Voraussetzung des streitigen Rechts ist.[91] In einem solchen Verhältniß steht der Streit über die Vaterschaft zur Alimentationspflicht des Vaters, die Capitalforderung zur Zinsforderung, die persönliche Forderung zur Pfandklage, die Hauptschuld zu der durch constitutum debiti proprii begründeten Haftung, die Eigenthumsklage zur Condiction der Früchte, zur a. confessoria und zur a. communi dividundo, die H. P. zur a. familiae erciscundae u. s. w. Der Rechtsgrund der einen Klage ist in diesen Fällen Bedingung der anderen, eben so wie das zwischen dem Interventen und dem Dritten bestehende Rechtsverhältniß bedingend für das Verhältniß des Interventen zum Intervenienten ist, und von der Anwendung des Consumtionsprincips kann hier nicht die Rede sein. Nicht minder aber ist zweifellos und unbestritten, daß das in der bedingenden Sache (Hauptsache) gefällte Erkenntniß bestimmend auf die bedingte Sache einwirkt, und wenn diese demnächst anhängig gemacht wird, den siegreichen Kläger vom Beweise der rechtskräftig anerkannten Voraussetzung befreit,[92] dem siegreichen Verklagten aber eine Einrede, die exc.

---

89) L. 19, 30 §. 1 D. h. t. Vgl. auch l. 16 D. qui pot. (20, 4) und dazu Pfeiffer a. a. O. XXXVIII. S. 350 fg.

90) S. Note 84 und l. 15, 30 §. 1 D. h. t.

91) Savigny VI. S. 392 und §. 298 redet hier von der Rechtskraft der Präjudicialpuncte und insbesondere der legitimatio ad causam.

92) Das R. R. gibt nirgends die Regel selbst, sondern immer nur Anwendungen. Das Urtheil über die Libertinität legitimirt zur a. in factum wegen unerlaubter in jus vocatio, das Urtheil über die Vaterschaft zur Alimentenklage, das über das Miteigenthum und Miterbrecht zur a. comm. div.

rei judicatae gewährt.[93] Es wirkt also durch seinen Inhalt (die Fiction der Wahrheit) über die Grenzen der bedingenden Sache hinaus, sowohl als condemnatorische, wie als absolutorische Sentenz. Ist dagegen die beiden Sachen gemeinsame Rechtsfrage zuerst in der bedingten Sache untersucht worden, so hat die Ansicht, welche sich der Richter darüber gebildet, bloß in den Grenzen dieses Processes Bedeutung, und steht wennschon ausdrücklich ausgesprochen einem in der bedingenden Sache gefällten Erkenntniß nicht gleich.[94] Nur einen moralischen oder factischen Einfluß

und fam. erc., das über das Eigenthum zur Condiction der Früchte und zur a. confessoria rücksichtlich der serv. praediorum. Cf. l. 8 §. 1 D. de in jus voc. (2, 4), — l. 3 pr. D. de agn. et al. lib. (25, 3) vgl. mit l. 7 D. eod. und Savigny in der Zeitschr. für gesch. R. W. VI. S. 237, — l. 7 D. si pars hered. (5, 4), l. 1 §. 1 D. fam. erc. (10, 2), — l. 16, 18 D. de exc. (44, 1) [„Et utrubique putat, Praetorem intervenire debere, nec permittere petitori prius, quam de proprietate constet, hujusmodi judiciis experiri"]. Auch der Fall der Accrescenz (ausgenommen die des ususfructus) möchte nach l. 2 D. si pars hered. (5, 4) und l. 33 §. 1 D. de usufr. (7, 1) hierher gehören. In der l. 2 D. cit. beziehen sich die Worte „nec eis proderit, si ceteri non adierint" auf die Nachtheile der pluris petitio, welche dadurch nicht abgewandt werden sollen, daß die übrigen Miterben nach der L. C. ausschlagen. Der Schlußsatz aber, „si modo ad eos pertinerent" will wohl nicht sagen, daß die Voraussetzungen des Erbrechts, sondern nur, daß die Voraussetzungen der Accrescenz zu beweisen seien.

93) L. 7 D. de agn. et al. lib. (25, 3) [s. die vorige Note und Savigny an dem dort cit. Orte], — l. 8, 11 §. 3 D. h. t., l. 25 §. 8 D. fam. erc. (10, 2) [und zu dieser Stelle Keller: Ueber L. C. und Urtheil S. 364—366], — l. 13 D. quibus modis pignus (20, 6), — l. 33 §. 1 D. de usufr. (7, 1). Dagegen möchte die l. 26 §. 1 D. h. t., welche von einer nach der L. C. entstandenen Insel („nata erit") handelt, im Sinne der in der zweiten Hälfte der l. 7 §. 3 D. eod. — Note 41 a. E. — für den Partus und die Früchte aufgestellten Beschränkung („plane si in restitutionem — venerunt") zu deuten sein, und deshalb nicht hierher gehören. Vgl. auch Windscheid: Lehrb. §. 130 Note 16.

94) L. 17 D. exc. (44, 1) [und dazu Buchka: Vom Einfluß I. S. 393], l. 23 D. h. t. Es ist willkührlich, wenn Windscheid a. a. O. Note 21 diese Beweisstellen durch die Bemerkung zu entkräften sucht, daß dieselben von einer Aberkennung des Rechts nicht redeten. Unbeweisend sind l. 5 §. 8, 9 D. de agn. et al. lib. (25, 3), l. 10 D. de his, qui sui (1, 6), l. 15 §. 4 D. de re jud. (42, 1), und sogar l. 1 C. de ord. jud. (3, 8), l. C. de jud. (3, 1), welche letzt genannten Stellen für und wider die im Text angenommene Meinung angeführt worden sind. Vgl. in dieser Beziehung gegen Buchka I. S. 301 fg. die Ausführung Savigny's VI. S. 440 fg. Uebrigens nimmt Buchka, welcher I. S. 301—314 für das R. R. die richtige Ansicht vertheidigt, II. S. 183—192 für das heutige Recht die Rechtskraft der beiläufig über einen Präjudicialpunct gegebenen Entscheidungen an, und gelangt so zu demselben Resultat, welches Savigny VI. §. 298 schon im R. R. zu finden glaubt. Er beruft sich, um die angebliche Umwandlung des R. R. in diesem Puncte zu beweisen, theils auf den veränderten Character des Processes — ein sehr zweideutiges Argument —, theils auf die Bestimmungen des C. R. in c. 5 X. qui filii sint legit. (4, 17) und c. 3 X. de ord. cogn. (2, 10), die jedoch nicht sowohl von der Rechtskraft der Entscheidungen über Incidentpuncte, als von dem allgemeinen Grundsatz der katholischen Kirche ausgehen, ut laici ecclesiastica tractare negotia non praesumant. Cf. c. 2 X. de jud. (2, 1), c. 8 X. de arb. (1, 43). Reiche Literatur-

könnte sie auf die Entscheidung des nachfolgenden Hauptprocesses üben, und damit auch dieser Einfluß möglichst ausgeschlossen bleibe, kann der Kläger unter Umständen genöthigt werden, die Verhandlung der bedingten Sache bis nach Entscheidung der bedingenden hinauszuschieben.[95]

Viel zu allgemein ist demnach die Behauptung neuerer Juristen, daß die exc. rei jud. überall Statt finde, wo in einem früheren Proceß unter denselben Personen eine Frage untersucht und verneint worden sei, welche in dem gegenwärtigen Proceß neuerdings zur Entscheidung kommen würde.[96] Die exc. rei jud. kann überhaupt nur gegen Klagrechte begründet sein, und durch das Urtheil über Klagrechte begründet werden.[97] Auf die Wahrheit oder Unwahrheit einzelner Thatsachen oder Rechtselemente ist der materielle Begriff der Rechtskraft nicht anwendbar, und auf den Unterschied von An- und Aberkennung kommt, wie gezeigt, nur in Ausnahmsfällen Etwas an. Fragt es sich also, ob die rechtskräftige Entscheidung der condictio furtiva für die a. furti

---

nachweise zu dieser und der unten Note 100 fg. erörterten Frage über die „Rechtskraft der Entscheidungsgründe" gibt Windscheid: Lehrb. §. 130 Note 20. Richtig ist, daß die Praxis der bekämpften Ansicht zuneigt, wie die Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert XIII. 298, XV. 171, des O. H. G. zu Mannheim das. VIII. 334, 335, des O. A. G. zu Darmstadt das. XIII. 72, XXVII. 68, des R. O. H. G. zu Leipzig das. XXV. 278, des A. G. zu Celle das. XXIX. 82 zeigen. Für den Text sind die Erk. der O. A. G. zu Berlin das. XXVII. 67, XXIX. 174, XXXI. 73, und zu Dresden das. XXVII. 69; letzteres Gericht ist jedoch unsicher, — Annalen des K. Sächs. O. A. G. 2. Folge II. S. 450 —, und jetzt entschieden a. M. — das. III. S. 457 —. Die Reichs-Civ. P. O. §. 293 [„Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist"] hat sich für den Text ausgesprochen.

95) Vgl. §. 64 unter 2. b.

96) Einen Anhaltspunct scheint diese Formulirung in l. 3, 7 §. 4 D. h. t. zu finden, wo nach dem Vorgang von Julian gesagt wird, „exceptionem rei judicatae obstare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur." Vgl. auch l. 7 §. 1 D. eod. In der That aber ist die „eadem quaestio" nichts Anderes als als die „eadem res" der alten Regel „bis de eadem re ne sit actio," nur passender bezeichnet, weil sie alle die Modalitäten, Ausdehnungen und Beschränkungen in Eins zusammenfaßt, welche zur Erklärung jener anderen mehr äußerlichen Bezeichnung (easdem res) erforderlich sind. Vgl. die Note 44b, und daneben Bekker a. a. O. S. 272, der die Bedeutung der „eadem quaestio" etwas anders faßt.

97) Zu welchen abnormen Consequenzen das Gegentheil führt, beweist wider Willen Buchka II. S. 185, indem er behauptet, der Kläger, welcher zur Begründung der Zinsforderung die Capitalschuld habe beweisen müssen, könne in dem nachfolgenden Proceß über die Capitalschuld dem Leugnen des Verklagten die exc. rei jud. entgegensetzen. Etwas besser hilft sich Windscheid S. 111 dadurch, daß er das frühere Judicat als Beweismittel ansieht.

maaßgebend sei, so kann die Verneinung dieser Frage keinem Zweifel unterliegen.[98] Nicht bloß das Object beider Klagen ist verschieden, sondern auch die activen und passiven Voraussetzungen derselben; sie haben mithin wesentlich nur die Thatsache des Diebstahls gemein, und obgleich zufällig auch die anderen Voraussetzungen übereinstimmen können, so würde sich die Rechtskraft doch immer nur auf die einzelnen Thatsachen beziehen. Thatsachen aber, welche der Richter in einem früheren Proceß als wahr oder nicht wahr angenommen, müssen nichts desto weniger in jedem späteren Proceß, für den sie relevant sind, von Neuem erörtert werden; mögen die Parteien immerhin die alten Beweismittel benutzen, formell sind sie an dieselben so wenig gebunden, wie an das damals daraus gezogene Resultat.[99]

Aus diesen Betrachtungen ergibt sich denn auch, in wie weit von der „Rechtskraft der Entscheidungsgründe" gesprochen werden könne.[100] Entscheidungsgründe pflegt der Richter, wie früher bemerkt, seinen Verfügungen und Erkenntnissen beizufügen, so oft er sich im Widerstreit mit den Anträgen einer Partei befindet. Man kann dieselben die subjectiven Entscheidungsgründe nennen, weil sie Betrachtungen sind, welche den Richter zu dem ausgesprochenen Resultat bestimmt haben, während das in den Verhandlungen vorliegende Material insofern die Bezeichnung von objectiven Entscheidungsgründen verdient, als es die äußere Grundlage der Entscheidung bildet. Die subjectiven Entscheidungsgründe werden nach Verschiedenheit der juristischen Auffassung verschieden sein, die objectiven sind für jeden Richter dieselben. Die letzteren nun gewinnen dadurch eine besondere Beziehung auf die Rechtskraft, daß sie ein wichtiges Mittel zur Erklärung und Ergänzung des richterlichen Urtheils, d. h. zur Feststellung dessen sind, was der Richter wahrhaft gewollt hat. Spricht z. B. der Richter dem Kläger 60 zu, während 100 eingeklagt worden waren,

98) Vgl. Buchka I. S. 313. A. M. Keller: Ueber L. C. und Urtheil S. 281, Savigny VI. S. 452 fg. Die Entscheidung der l. 13 §. 2 D. de jurejur. (12, 2) hat ihren Grund darin, daß der (in jure zugeschobene) Eid auf die Thatsache gestellt war, und deshalb die Annahme rechtfertigte, daß er eine Entscheidung über beide aus dem Diebstahl entspringende Klagen habe herbeiführen sollen („videtur de toto jurasse"). Cf. l. 28 §. 7 sequ. D. eod.

99) S. übrigens Note 15, 16.

100) Eine ausführliche Darstellung dieses Gegenstandes mit Berücksichtigung fremder Meinungen gibt Savigny VI. §. 291—294, der jedoch seiner Grundanschauung (s. oben Note 15) entsprechend den Entscheidungsgründen eine weit größere Bedeutung zuschreibt, als im Text angenommen wird.

so ergibt die Vergleichung beider Umstände, daß dem Kläger 40 haben aberkannt werden sollen. Hatte der Verklagte Einreden opponirt, so liegt in der Verurtheilung die Verwerfung der Einreden. Eben so folgt aus der Beschränkung einer dinglichen Klage auf einzelne Erwerbsgründe, daß die Abweisung der Klage in gleicher Beschränkung gemeint sei. Denselben Zweck erfüllen unter Umständen die richterlichen Vorentscheidungen. So läßt die Absolution als solche vollkommen zweifelhaft, ob sie ihren Grund im Mißlingen des Klagbeweises habe, oder ob sie mittelbar eine Einrede und welche sie für begründet erklären solle; aus einer der Vorentscheidungen wird dies meistens zu ersehen sein. Insbesondere aber können die subjectiven Entscheidungsgründe, wenn sie dem Urtheil beigefügt sind, über den Gedanken und die Absicht des Richters Aufschluß geben, da sie hierfür recht eigentlich bestimmt sind. Redet man nun von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe, so kann an die objectiven schon gar nicht gedacht werden. Nicht besser aber paßt dieser Ausdruck auf die subjectiven, welche bloß eine Ansicht, keine Entscheidung aussprechen und gleich jenen nur zur Interpretation der Entscheidung dienen, falls sie nicht geradezu einen Bestandtheil der Entscheidung in sich aufgenommen haben.[100a] In der That also wohnt ausschließlich der Entscheidung selbst die Rechtskraft inne, nur nicht als einer todten Formel, sondern als dem lebendigen Gedanken, welcher mit Hülfe jener Mittel zu fixiren ist. Richtiger möchte es deshalb sein, jenen Ausdruck ganz zu vermeiden. Wird derselbe aber dennoch beibehalten, so bezeichnet er jedenfalls nichts weiter als die Bedeutung, welche die Entscheidungsgründe für die Interpretation der richterlichen Entscheidung haben.[101]

100a) Aus dieser Modification erklären sich die Erk. der O. A. G. zu München bei Seuffert I. 367, zu Dresden das. II. 250, XVI. 154, zu Lübeck das. VIII. 99, 100, zu Rostock das. XVIII. 181, des O. Trib. zu Stuttgart das. V. 236, XIII. 187 (unbestimmt XV. 80), des O. H. G. zu Mannheim das. XXII. 85.

101) In diesem Sinne spricht sich auch Pfeiffer a. a. O. XXXVII. S. 264 fg. aus, und damit im Einklang sind die Erk. des O. A. G. zu Celle bei Seuffert X. 295, des O. G. zu Wolfenbüttel das. XXIV. 92 (abweichend wenigstens dem Ausdruck nach die wenig älteren Erk. das. XXIV. 89—91), das preußische Recht und die preußische Praxis auch für die gemeinrechtlichen Gebiete Preußens — vgl. die oben in Note 94 citirten Erk. des O. A. G. zu Berlin, und dazu die Entsch. des R. O. H. G. VIII. S. 374, XIV. S. 359, XV. S. 380, XVI. S. 189, S. 195 —. Wohl nicht gegen den Text, wenn auch unklar ist die Stellung der sächsischen Praxis, über welche Osterloh: Der ord. bürg. Proc. §. 121 Note 14 und die Annalen 2. F. III. S. 164 zu vgl.

2. Die a. judicati ist das ordentliche, jedoch keineswegs das ausschließlich oder überall zuständige Mittel zur Geltendmachung der dem Kläger günstigen Urtheile. Daß die richterliche Anerkennung des Klagrechts auch ein bindendes Präjudiz für andere Rechtsstreitigkeiten, daß sie ferner eine exc. rei judicatae begründen könne, ist schon bemerkt worden. Daß sie andrerseits nur als wahre, auf Leistung eines Vermögenswerthes gerichtete Verurtheilung die a. judicati erzeuge, beweisen die Präjudicialklagen, welche in der Bejahung der Klagbitte ihren vollständigen Abschluß finden. Wie denn auch bei den übrigen in rem actiones der Ausspruch (pronuntiatio) über das Recht des Klägers von der Verurtheilung des Verklagten zur Aufhebung der Statt gehabten Verletzung nicht bloß an sich,[102] sondern auch practisch in der Art verschieden ist, daß aus jenem zwar eine Einrede, die a. judicati aber allein aus dieser entspringt.

Nur aus der wahren Verurtheilung also geht (quasi ex contractu) der Anspruch auf Erfüllung des Judicats (judicatum solvi oportere) hervor, und dieser Anspruch ist es, welcher eben so wie die auf Grund einer confessio in jure ertheilte declaratorische Sentenz der gerichtlichen Geltendmachung vermittelst einer Klagbitte, der a. judicati, bedarf. Da nun, wo die Verurtheilung auf ein non facere, eine Unterlassung, gerichtet ist, muß die a. judicati als entstanden (nata) angesehen werden, so bald und so oft der Verklagte eine zuwiderlaufende Handlung vornimmt; wogegen sie, falls eine positive Leistung in Frage steht, mitunter wohl durch deren eigenthümliche Beschaffenheit hinausgeschoben sein kann (wie z. B. wenn eine zu wiederkehrenden Präſtationen verpflichtende Reallast oder die Alimentationspflicht anerkannt worden ist),[103]

---

sind. Nach dem Text bedarf es selbstverständlich gegen die Entscheidungsgründe als solche auch niemals der Appellation, wogegen sich schon aus den im Text entwickelten Grundsätzen ergibt, daß die Appellation nothwendig ist, wenn z. B. der Richter den Verklagten zwar absolvirt hat, aber nicht wegen Mißlingens des Klagbeweises, sondern auf Grund einer Compensationseinrede.

102) S. §. 46 Note 20.

103) Ueber die Frage, unter welchen Voraussetzungen auf wiederkehrende Leistungen vermittelst der Anerkennung des Rechts im Ganzen gesprochen werden könne, hat sich eine feste Ansicht noch nicht gebildet. Einzelne Fälle sind in diesem und dem vorigen §. hervorgehoben worden. Im Allgemeinen hält die Praxis an dem Satze fest, daß nur fällige Leistungen Gegenstand der Klage und des Urtheils sein können, nach l. 35 D. de jud. (5, 1), l. 1 §. 4. D. qu. dies usufr. (7, 3), l. 186 D. de R. J. (50, 17), §. 26 I. de inutil. stip. (3, 20). Auch liegt ein Bedürfniß darüber hinauszugehen in der That da nicht vor, wo

sonst aber überall sofort würde angestellt werden können, wenn es nicht billig erschiene, daß dem Verklagten zur Erfüllung des Judicats eine Frist gelassen werde. Das justinianeische Recht hatte für Geldzahlungen der von den 12 Tafeln zu 30 Tage („dies triginta justi sunto"),[104] dann zu 2 Monaten[105] angenommenen Frist eine viermonatliche Frist substituirt,[106] dem Richter jedoch nach den Umständen sowohl die Abkürzung als die Verlängerung derselben gestattet,[107] und für andere Leistungen die Dauer der Befristung von vornherein ins richterliche Ermessen gestellt.[108] Nach der Praxis aber soll der Richter in allen Fällen freie Hand haben,[109] und die dem Verklagten zu gestattende Frist entweder gleich durch das Urtheil, oder hernach auf Antrag des Klägers durch einen besonderen Zahlungsbefehl anordnen.[110] Auch wird die Vorschrift des R. R., daß während des tempus judicati die bisherige Zinspflicht ruhen, nach dessen Ablauf dagegen die Con-

---

der Anspruch auf die einzelnen Leistungen zwar aus einer Thatsache (Zinsversprechen, legatum annuum), jedoch nicht aus einem Rechtsverhältniß (z. B. einem Pachtverhältniß) entspringt. Dagegen werden im letzteren Fall ohne ein allgemeines Erkenntniß leicht Schwierigkeiten entstehen, und in der That möchte es hier selbst nach R. R. [vgl. Bekker a. a. O. S. 78 fg. und insbes. l. 41 D. de jud. (5, 1)] am wenigsten Bedenken haben, ein solches zu gestatten. Ueber den Alimentationsanspruch vgl. l. 5 §. 8, 10 D. de agn. et al. lib. (25, 3), l. 1 C. de fideicomm. (6, 42), und über die ganze Frage Pfeiffer a. a. O. XXXVII. S. 259 fg.

104) Gell. N. A. XX. 1, XV. 13. Ueber die fortdauernde Geltung dieser Frist vgl. Gai. III. 78, l. 4 §. 5, l. 7, 29 D. de re jud. (42, 1), l. 2 D. de div. temp. praescr. (44, 3), l. 3. pr. D. de usur. (22, 1), l. 21 D. de jud. (5, 1). Diese Frist konnte nicht beschränkt werden — l. 4 §. 5 D. de re jud. (42, 1) —. Vgl. Heffter: System §. 272 N. 43.

105) L. 1 pr. C. Th. de usur. rei jud. (4, 19), l. 3 §. 1 C. eod. (7, 54).

106) L. 2, 3 C. de usur. rei jud. (7, 54).

107) Dies ist der Sinn der ursprünglich von der extraordinaria causae cognitio handelnden l. 2, 31 D. de re jud. (42, 1). Von einer Abkürzung ohne zutreffenden Grund ist die in Note 104 citirte l. 4 §. 5 D. eod. zu verstehen. Eine Bestätigung der im Text gezogenen Resultate enthält c. 15 X. de sent. et re jud. (2, 27). Ueber die dem confessus in jure zu gewährende Frist vgl. §. 46 N. 74.

108) L. 6 §. 2 D. de conf. (42, 2), l. 27 §. 4 D. de R. V. (6, 1), l. 12 §. 5 D. ad exhib. (10, 4), l. 4 §. 7 D. de exc. d. m. (44, 4), §. 2, 3 I. de off. jud. (4, 17). Diese vom jussus de restituendo handelnden Stellen sind im Sinne des justinianeischen Rechts von wahren Urtheilen zu verstehen.

109) Vgl. Stryk: U. M. XLII. 1 §. 15, Lauterbach: Coll. theor. pract. XLI. 1 §. 34.

110) Der R. K. G. Proceß befolgte früher die zweite, später die erste jener Formen. Vgl. K. G. O. von 1521 tit. 31 §. 1, von 1555 III. 48 §. 1, Conc. von 1613 III. 57 pr. mit J. R. A. §. 159. Die Territorialpraxis ist verschieden. Vgl. Seyfart: T. R. Pr. S. 671.

demnationssumme mit 12 Procent verzinst werden solle,[110a] nicht mehr beobachtet.[110b]

Die a. judicati ist eine selbständige Klage, welche dem früheren Kläger gegen den früheren Verklagten zusteht,[111] kann von jenem cedirt und bei Processen über dingliche Rechte auch gegen den Singularsuccessor des Verklagten gerichtet werden,[112] ist der Verjährung[113] und anderen Umwandlungen[114] unterworfen, und hat in processualischer Beziehung ganz dieselben Voraussetzungen[115] wie irgend eine andere Klage. Indeß darf sich der Kläger statt ihrer eines einfachen Antrags (imploratio officii judicis) bedienen, der an das bisherige Verfahren anknüpft, und in denselben Acten, vor demselben Gericht und ohne erneuerte Bevollmächtigung der Anwälte verhandelt wird. Bestritten ist freilich, ob diese doppelte Form schon dem R. R. bekannt gewesen sei;[116] jedenfalls

---

110a) Vgl. l. 2, 3 C. de usur. rei jud. (7, 54).

110b) Vgl. Savigny VI. S. 412 und die das. Note h Citirten.

111) Der Uebergang auf die Universalsuccessoren versteht sich von selbst. Vgl. l. 6 §. 3, l, 29, 44 D. de re jud. (42, 1).

112) Nach einer ganz entschiedenen Praxis, welche sich darauf gründet, daß die lite pendente vorgenommene Veräußerung nichtig ist (s. oben §. 14 Note 43a), und wenn erst nach dem Urtheil veräußert sein sollte, der successor das gegen den auctor gesprochene Urtheil anerkennen muß. Vgl. Gaill: Obs. l. 118 nr. 2 (wo sich Verweisungen auf die ital. Doctrin finden), Carpzov: Defin. I. 38 d. 24, Mevius: Decis. VIII. 380, Stryk: U. M. XLII. 1 §. 60 (und die das. Citirten), Cramer: Obs. II. 491, Bayer: Vorträge S. 561, 1125.

113) Vgl. Savigny V. 325, und gegen die Annahme Heffter's: System §. 517 Note 62 und Linde's in der Zeitschr. für C. R. und Pr. II. S. 180, welche nur die a. judicati einer besonderen Verjährung unterwerfen, auf den Executionsantrag aber, gleich als sei er ein von der a. judicati materiell verschiedenes Rechtsmittel, die Verjährung der Litispendenz anwenden wollen, Wächter: Erörterungen III. S. 50 Note 47 und Bayer: Vorträge S. 1121.

114) Z. B. der Novation nach l. 40 pr. D. de minor. (4, 4), l. 4 §. 4. D. de re jud. (42, 1), l. 2 C. de exs. rei jud. (7, 53).

115) Fraglich ist, ob auch die Competenz sich selbständig für die a. judicati bestimme. Für die Bejahung spricht schon nach der gl. in provinciis] ad l. 15 §. 1 D. de re jud. die l. 45 §. 1 D. de jud. (5, 1). Nicht entgegen ist (wie Buchka: Vom Einfluß II. S. 216 annimmt) l. 15 §. 1 D. de re jud. (42, 1.), welche von einer durch Vermittelung des höheren Richters bewirkten Requisition handelt, ebenso wie l. 13 §. 3 C. de jud. (3, 1). Vgl. auch Puchta: Cursus der Inst. II. §. 176o, und über die heutige Praxis die Erk. der O. A. G. zu Cassel und zu Celle bei Seuffert XI. 104, XX. 190.

116) Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 146, Heffter: System §. 272 und Puchta: Cursus der Inst. II. §. 176o. lassen die a. judicati nur aus dem ordentlichen Verfahren, nicht aus der extraord. causae cognitio hervorgehen (die beiden ersteren wegen l. 31 D. de re jud.); Savigny VI. §. 284 c. und Keller: Der röm. C. Pr. §. 81 Note 970 dagegen verwerfen diese Unterscheidung, indem jener den extra ordinem gegebenen Entscheidungen der Magistrate nach Pauli R. S. V. 5a §. 1 die Rechtskraft vindicirt, und dieser die Verwirklichung derselben durch a. judicati oder quasi ex causa

aber ist sie von der italienischen Doctrin frühzeitig angenommen und später auch in Deutschland festgehalten worden.[117] Das Fundament beider nur äußerlich verschiedener Rechtsmittel bildet das in Rechtskraft übergegangene Endurtheil, und will daher der Kläger die a. judicati bei einem anderen als dem für die abgeurtheilte Sache competenten Gericht anstellen, so genügt zu ihrem Beweise nicht schon die amtliche Ausfertigung eines seinem Inhalt und seiner Form nach gültig erscheinenden Endurtheils, sondern es muß auch nachgewiesen werden, daß dessen Anfechtung durch ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr möglich sei.[117a] Eine Nachweisung, welche für den Executionsantrag die vorliegenden Acten selbst erbringen. Sofern es sich jedoch fragt, ob die allgemeinen Voraussetzungen gewahrt seien, durch welche die Gültigkeit des Verfahrens und des Urtheils bedingt ist, hat nicht der Kläger die Existenz, sondern der Verklagte die Nicht-Existenz derselben darzuthun, wie in der Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde noch weiter wird ausgeführt werden. Auch sind abgesehen von dieser Vertheidigung verschiedene andere Einreden zulässig, sowohl dilatorische als peremtorische. Zu den dilatorischen Einreden gehört namentlich die Berufung auf die Eröffnung des Concurses, die Einrede der Stundung, sei sie durch Privatübereinkunft oder landesherrliches Privileg (Moratorium) oder Beschluß

---

judicati aus l. 75 D. de jud. (5, 1), l. 9 pr., l. 40 pr., l. 41 D. de minor. (4, 4) erweist. Unbestreitbar aber möchte sein, daß das R. R. den ordo executionis, welcher ein auf Geld lautendes Urtheil voraussetzt — l. 4 §. 4 D. de re jud. —, von der extraordinaria executio unterscheidet, mittelst deren die Magistrate „jure suae potestatis“ — „nonnunquam etiam per manum militarem“ ihre Decrete vollzogen — cf. l. 3 pr. §. 1 D. ne vis fiat (43, 4), l. 23 §. 3 D. quod met. c. (4, 2), l. 50 D. de evict. (21, 2), l. 1 §. 4 D. de agn. lib. (25, 3), l. 1 pr. D. de adm. tut. (26, 7), l. 1 §. 2 D. de migrando (43, 32) —, und gewiß hat man sich den Antrag auf diese Art der Execution nicht als a. judicati gedacht. Vgl. auch Voigt: Das jus naturale IV. 2 S. 251—266.

117) Den Ausgangspunct bildet der Gegensatz, welcher am Schluß der vorigen Note hervorgehoben worden ist. Schon die gl. jure suae potestatis] ad l. 3 pr. D. ne vis fiat sagt „id est officio“. Bestimmter läßt sich die neue Theorie auf Jacobus Balduini und Joannes Faxioli zurückführen (cf. Joa. Faxioli de summ. cognitione comm. p. 16 ed. Briegleb), bei denen sie sich noch ganz an den verschiedenen Zweck der Execution anlehnt, wogegen sie später ausschließlich die Rücksicht auf die processualische Form ins Auge faßt. Vgl. über die spätere Entwickelung Buchka II. S. 214 fg., und über die heutige Praxis die Erk. am Schluß der Note 115, so wie die Erk. der O. A. G. zu Darmstadt und Berlin bei Seuffert XVII. 192, XXV. 295. Nur den Executionsantrag wollen zulassen die Erk. der O. A. G. zu München und Jena das. XI. 104 a. E., XVI. 268. S. übrigens auch das in §. 38 Note 30 Bemerkte.

117a) Vgl. das Erk. des O. A. G. zu Cassel bei Seuffert: Archiv XI. 104.

der Mehrheit der Gläubiger begründet,[118] das s. g. beneficium competentiae,[119] das beneficium cedendarum actionum.[120] Die peremtorischen Einreden sind theils solche, welche erst nach dem Urtheil und somit der obligatio ex causa judicati gegenüber entstanden sind,[121] theils solche, welche schon der ursprünglichen Klage gegenüber begründet waren, und entweder vermittelst der Restitution,[122] oder vermöge besonderen Privilegs auch noch post rem judicatam benutzt werden können, und zu diesen privilegirten Einreden gehören die exc. S. C. Macedoniani und exc. S. C. Vellejani.[123] Wird eine dieser Einreden vorgeschützt und in continenti liquide gestellt,[124] so ist das Gesuch des Klägers zu verwerfen. Im umgekehrten Fall dagegen, wenn keine solche Einrede vorgeschützt, oder die vorgeschützte nicht sofort liquide gestellt worden ist, würde es dem Fundament dieses Rechtsmittels, das in einem rechtskräftig bereits festgestellten Anspruch besteht, widersprechen, wenn dasselbe nur dazu dienen sollte, um aufs Neue die Verurtheilung des Verklagten zu bewirken. Der ihm eigenthümliche, anderen Klagen nur ausnahmsweise (in den s. g. bestimmt summarischen Processen) beigelegte unmittelbare Zweck ist die Herbeiführung der Execution.

Der richterliche Zwang.

§. 48.

Der richterliche Zwang ist eine unentbehrliche Ergänzung der richterlichen Cognition, und hat daher in dieser seine natürliche

118) Bayer: Theorie des Concurspr. 36, 37.

119) L. 41 §. 2 D. de re jud. (42, 1), l. 5 pr. D. quod cum eo (14, 5), l. 17 §. 2 D. sol. matr. (24, 3), l. 33 pr. D. de donat. (39, 5).

120) L. 41 §. 1 D. de fidejuss. (46, 1), l. 1 §. 18, l. 20 §. 1 D. de tut. et rat. distr. (27, 3). S. jedoch die Note 123.

121) L. 4 §. 3, 4, 7, 8, l. 7 D. de re jud. (42, 1). Auch die Compensationseinrede kann noch vorgeschützt werden, wenn entweder die Gegenforderung erst später entstanden, oder der Klaganspruch erst durch die Verurtheilung in Geld compensabel geworden ist — l. 16 §. 1 D. de comp. (16, 2), l. 2 C. eod. (4, 31). Unklar ist sich Gesterding a. a. O. II. S. 211 fg.

122) L. 36 D. de minor. (4, 4), l. 1 C. de jur. et facti ign. (1, 18). Vgl. auch J. R. A. §. 78.

123) L. 11 D. de ad S. C. Maced. (14, 6). Zwar wollen viele Processualisten diesen Vorzug, so wie den des benef. ced. actionum wegen des J. R. A. §. 37, 78 nicht mehr gelten lassen — vgl. darüber Gesterding: Nachforschungen II. S. 205 fg., wo die verschiedenen Ansichten zusammen gestellt sind, Schmid: Handbuch II. S. 56 fg. —, allein der J. R. A. hat es offenbar nur mit denjenigen Einreden zu thun, welche gegen die ursprüngliche Klage wirken sollen, nicht mit solchen, welche sich auf die a. judicati beziehen. So auch das Erk. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entsch. V. 50.

124) S. §. 21 Note 13.

Voraussetzung; keine von beiden Seiten der jurisdictionellen Amtsgewalt kann ohne die andere gedacht werden.[1] Dies ist jedoch nur im Allgemeinen wahr. Denn einestheils wirkt das richterliche Zwangsrecht, wie sich unter I. zeigen wird, in gewissen Beziehungen relativ selbständig und in nur äußerlichem Anschluß an ein klagbar gewordenes Streitverhältniß, — und wenngleich anderntheils seine regelmäßige Aufgabe darin liegt, die in einem anhängigen Proceß thätige Cognition zu unterstützen, so bedarf doch nach den unter II. folgenden Bemerkungen nicht jede Verfügung dieses bereit stehenden Rückhalts, um gegen den Ungehorsam der Parteien gesichert zu sein. Man kann in jenem ersten Falle von richterlicher Disciplin, in dem anderen, gewöhnlicheren von processualischem Zwange reden.

I. Die richterliche Disciplinargewalt tritt in doppelter Richtung hervor. Sie befähigt den Richter erstens in einigen gesetzlich bestimmten Fällen gegen seine Gerichtsunterthanen mit Befehlen vorzugehen. Insbesondere darf er den zu Zeugen oder Sachverständigen vorgeschlagenen Personen die Ablegung ihres Zeugnisses[2] oder Gutachtens[3] anbefehlen, die Advocaten zur Unterstützung solcher Parteien, die sich vergeblich um einen Beistand bemüht haben, und wenn sie arm sind, sogar mit der Verpflichtung zur vorläufigen Stundung der Gebühren anhalten,[4] die Parteien wegen Einleitung von Vergleichsverhandlungen vor sich laden,[5] und denen, welche sich im Streit um den Besitz mit Waffengewalt bedrohen, alle Besitzhandlungen untersagen oder durch Sequestration des Streitobjects unmöglich machen.[6] Sodann aber wird er durch diese Befugniß in den Stand gesetzt, seine obrigkeitliche Stellung gegen Auflehnung und Eingriffe zu wahren,[7] und diejenigen, welche seinen disciplinarischen Verfügungen nicht folgen, aus Chicane oder Leichtsinn unnütze Verhandlungen veranlassen,[8] durch frivoles Leugnen den Gegner zum Beweise

1) S. §. 43 Note 19.
2) S. §. 23 Note 38.
3) S. §. 44 Note 25.
4) S. §. 8 Note 26, 27.
5) S. §. 45 Note 11.
6) S. §. 30 Note 79.
7) L. 5 §. 1 D. de off. ejus, cui mand. (1, 21) [„— quia jurisdictio sine modica coërcitione nulla est“], c. 4 §. 1, c. 29 X. de off. jud. deleg. (1, 29).
8) L. 19 C. de appell. (7, 62), C. 5 X. de dolo et cont. (2, 14), c. 1

nöthigen,[9] oder überhaupt als Parteien, Advocaten, Anwälte, Zeugen und Sachverständige beim persönlichen Vortreten oder in schriftlichen Eingaben durch ungebührliches Verhalten sich einer Mißachtung seines Amtes schuldig machen, kurzer Hand in Strafe zu nehmen.[10] Wegen geringerer Vergehungen ertheilt er Verweise, sonst aber bedient er sich der Geldstrafen oder nach Befinden auch des Gefängnisses.[11] Diese Strafen haben da, wo sie durch die Mißachtung richterlicher Befehle veranlaßt werden, zugleich den Character von indirecten Zwangsmitteln,[12] weshalb ihnen nach der ersten Versäumniß ein mittelst Androhung der Strafe geschärfter Befehl vorausgeschickt zu werden pflegt. Am ausgedehntesten ist die Disciplin der Gerichte über die bei ihnen immatriculirten Advocaten, gegen welche sie auch außer den genannten noch andere Strafmittel haben, wie schon früher gezeigt worden ist.[13]

II. Der processualische Zwang findet nur den Parteien

---

pr. in VI. de rest. spol. (2, 5), K. G. O. von 1555 II. 28 §. 3, Vis. Mem. Jud. vom 18. Mai 1574 §. 12, Vis. Mem. Jud. Praes. et Ass. von 1581 §. 6, Dep. A. von 1600 §. 17, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 31 §. 2, J. R. A. §. 40, 85, 119, 120.

9) L. 16 (rest.) C. de fide instr. (4, 21), nov. 18 c. 10.

10) L. 8 D. de appell. (49, 1) [„Illud sciendum est, eum qui provocavit, non debere conviciari ei, a quo appellat; ceterum oportebit eum plecti; et ita Divi fratres rescripserunt"], c. 11 X. de poenis (5, 37) [„Ne judicialis evanescat auctoritas, cum de litigatoris improbitate constiterit adversus assertionem judicis temere prorumpentis, juxta superioris arbitrium digna poterit animadversione puniri"], c. 1 in VI. de poenis (5, 9), R. P. O. von 1577 tit. 33, J. R. A. §. 165, G. B. vom 30. Oct. 1655. Ueber die Advocaten insbesondere vgl. §. 8 Note 21. Wegen Injurien, welche dem Richter außerhalb seines Amtes zugefügt werden, steht ihm nur die Injurienklage zu. Vgl. Mevius: Decis. IX. 108, 112 und Bayer: Vorträge §. 48.

11) Ueber die Strafmittel geben die Quellen geringen Aufschluß. Die l. 2 §. 1 D. si quis in jus voc. (2, 5), l. 1 §. 3 D. de insp. ventre (25, 4) und l. 9 §. 6 D. ad leg. Jul. pecul. (48, 13) reden von indirectem Zwange (s. Note 12) durch remedia Praetoris [vgl. auch l. 2 pr. in f. D. de jud. (5, 1)], und bezeichnen als solche pignora capere et distrahere, mulctis coërcere, corpus retinere. Vgl. Voigt: Das jus naturale IV. 2 S. 251—253. Als polizeiliches Zwangsmittel wird die mulcta in l. 1 §. 1, 2 D. de via publ. (43, 10) erwähnt. Vgl. dazu Huschke: Die Multa und das Sacramentum, Leipzig 1874, Mommsen: Das römische Staatsrecht II. 1 S. 501. Jedoch kommt in einem hierher gehörigen, heut zu Tage übrigens unpractischen Fall die mulcta auch als reine Strafe vor. Vgl. l. 1 §. 6 in f. D. de post. (3, 1) und dazu l. 131 §. 1 D. de V. S. (50, 16), so wie im Allgemeinen Rudorff in der Zeitschr. für gesch. R. W. XV. S. 245—248, und über magistratliche Coercition überhaupt Mommsen a. a. O. I. S. 133—153, bes. S. 152. Das C. R. legt in den einschlagenden Stellen (Note 7, 8, 10) dem Richter das Recht bei, die Strafe nach Gutdünken zu bestimmen. Dadurch rechtfertigt sich der Text.

12) S. die vorige Note.

13) S. §. 8 Note 23, 24.

gegenüber Statt, und wächst in seinen einzelnen Erweisungen recht eigentlich aus der richterlichen Cognition hervor. Unterscheiden wir Proceßleitung und Endurtheil, so ergibt sich folgendes Resultat.

1. Das Endurtheil beendigt das anhängig gewordene Streitverhältniß jedes Mal definitiv, wenn es

a. negativen Inhalts ist, d. i. die Klagbitte verneint, den Verklagten absolvirt, indem die exc. rei judicatae vollkommen ausreicht, um die Wiederholung der abgewiesenen Klage auszuschließen. Ein zwingendes Eingreifen ist hier nicht nöthig.

b. Der positive Ausspruch dagegen, welchen das Urtheil enthalten kann, d. i. die Verurtheilung des Verklagten, setzt die Parteien definitiv nur dann auseinander, wenn er auf Grund einer Präjudicialklage ergeht. In jedem anderen Falle gewährt er dem Kläger gegen den ungehorsamen Verklagten einen Anspruch auf Erfüllung des Judicats (a. judicati oder Executionsantrag), und die bald directen, bald indirecten Zwangsmittel, deren sich der Richter bedient, um diesen Anspruch zu befriedigen, sind die Executionsmittel.

2. Die proceßleitende Thätigkeit bedarf

a. in ihren negativen Aeußerungen des processualischen Zwanges gleichfalls nicht. Die Zurückweisung eines gestellten Antrags, auch der Klage, wie sie angebracht, ist für sich selbst genug. Dagegen muß

b. den positiven Anordnungen oder Auflagen, welche der Proceßleitung angehören, eben so wie der wahren Verurtheilung, im Falle des Ungehorsams durch Zwangsmittel Nachdruck gegeben werden, und diese Mittel, die immer nur indirect einwirken, sind die Contumacialnachtheile.

Nur die positiven Manifestationen der richterlichen Cognition also lassen einen Ungehorsam (contumacia[14]) zu, und verlangen die Beihülfe des processualischen Zwanges, um den Ungehorsam zu überwinden. Man kann mithin sagen, die vorlie-

---

14) Die Römer bedienen sich dieses Ausdrucks für jeden Ungehorsam gegen Befehle des Magistrats oder des judex, und gebrauchen denselben insbesondere auch da, wo der Verklagte sich weigert, den an ihn ergangenen jussus de restituendo vel exhibendo (welcher heut zu Tage die Natur eines Endurtheils hat) zu erfüllen. Zusammenstellungen der verschiedenen Anwendungen des Ausdrucks „contumacia" finden sich bei Sartorius in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XVII. S. 3 fg.

gende Anwendung der Zwangsgewalt habe zwei Voraussetzungen, eine active, bestehend in einer richterlichen Auflage (einer proceßleitenden oder einer Verurtheilung), und eine passive, den Ungehorsam der Partei, an welche die Auflage ergangen ist. Sie hat hierin Aehnlichkeit mit den Klagen, und da sie nicht ohne einen Antrag erfolgt, so läßt sich dieser Antrag in der That da, wo jene Voraussetzungen zusammentreffen, auf einen Anspruch der interessirten Partei zurückführen. Dies ist denn auch rücksichtlich des Executionsantrags und der davon nur formell verschiedenen a. judicati keinem Zweifel unterworfen. Nicht minder aber gibt jede in die Proceßleitung fallende Auflage dem Theil, der sie veranlaßt hat, einen vollstreckbaren Anspruch auf Erfüllung, welcher ebenso consistent wie sie selbst ist, und obschon nicht selbständig klagbar, doch in gleicher Weise die Grundlage für die accusatio contumaciae bildet, wie die obligatio judicati für den Executionsantrag.[15] In formaler Beziehung sind mithin accusatio contumaciae und Executionsantrag durchaus analog. Materiell genommen dagegen unterscheiden sie sich von einander nicht bloß durch die Verschiedenheit der richterlichen Auflagen, von denen sie ausgehen, sondern auch durch die Verschiedenheit der Zwangsmittel, auf welche sie gerichtet sind, und von diesen ist jetzt noch zu handeln. Die Bezeichnungen, welche für dieselben im einen und anderen Falle gebraucht werden, sind offenbar ungeeignet und willkührlich. Eine contumacia setzen auch die Executionsmittel voraus, und zur Execution dienen auch die Contumacialnachtheile. Mißverständnisse aber können aus dieser Terminologie nicht wohl erwachsen.

Die Contumacialnachtheile.*

§. 49.

Bei Betrachtung der Contumacialnachtheile übergehen wir die irregulären Fälle, in denen nach §. 45 die Proceßleitung

15) Diese Vergleichung soll den Eigenthümlichkeiten der accusatio contumaciae und namentlich der Möglichkeit der purgatio morae nicht vorgreifen. Das Nähere darüber im folgenden §.

* Tit. Dig. 2, 3. Si quis jus dicenti non obtemperaverit. 2, 5. Si quis in jus vocatus non ierit. 2, 6. In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent. 2, 11. Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit. 42, 4. Quibus ex causis in possessionem eatur.

thätig wird, insbesondere die dort erwähnten außerordentlichen Anträge. Da derartige Anträge einer Klage, und die auf sie ergehenden Verfügungen einem Urtheil zu vergleichen sind, so fällt der etwa nothwendig werdende Zwang unter den Gesichtspunkt der Execution. Auch wird von den Folgen, welche eintreten, wenn eine Partei die Annahme eines ihr zu insinuirenden Decrets veweigert, besser in der Lehre von der Insinuation gehandelt werden. Wir setzen also richterliche Auflagen voraus, welche im ordentlichen Laufe der Proceßleitung ergangen und als ordnungsmäßig insinuirt zu betrachten sind. Versäumnisse der Parteien, welche ohne einem richterlichen Befehl zuwiderzulaufen, den Fortschritt des Verfahrens hemmen, und deshalb gleich dem wirklichen Ungehorsam beseitigt werden müssen,[1] sind dem heutigen Proceßrecht fremd; die Versäumung der Appellationsfristen ist anderer Art und steht zum Contumacialverfahren in keiner Beziehung. Andererseits haben monitorische Ladungen (§. 45 a. E.), obgleich sie in Form eines Befehls geschehen, doch nicht den Character eines solchen, weil sie mit keiner Auflage verbunden sind. Und wenn

---

Cod. 7, 43. Quomodo et quando judex sententiam proferre debeat praesentibus partibus vel una parte absente. 7. 72. De bonis auctoritate judicis possidendis seu venumdandis et de separationibus bonorum. X. 2, 6. Ut lite non contestata non procedatur. 2, 14. De dolo et contumacia. 2, 15. De eo, qui mittitur in possessionem rei servandae causa. Lib. VI. 2, 6. De dolo et contumacia. 2, 7. De eo, qui mittitur in possessionem. Clem. 2, 4. De dolo et contumacia. — Schmelzer: Der Contumacialproceß der höchsten Reichsgerichte, Gött. 1792. Gönner: Handbuch I. 6 §. 6, I. 21, II. 27 §. 16 fg., II. 33 §. 10. Chr. Martin: Proleg. de indole contumaciae in causis civilibus contentiosis, Goett. 1802. Steffens: Diss. de indole contumaciae in causis exercendis civilibus, Heidelb. 1817. Linde: Abhandlungen I. S. 22 fg. Stürzer im Arch. für civ. Pr. VIII. 16. Lauk: Ueber den Ungehorsam in bürgerl. Rechtsstr., Würzb. 1827. Sintenis: Der Ungehorsam der Parteien im bürgerl. Pr., Zerbst 1828. Prasse: Diss. de indole contumaciae in causis civ., Lips. 1829. Brandis: Ueber den Zeitpunct, mit welchem die Nachtheile des Ungehorsams eintreten, Jena 1834. W. H. Puchta in der Zeitschr. für C.R. und Pr. VIII. 5, 7. Sartorius daselbst XVII. 1. A. Lamey: Von dem rechtlichen Charakter der sog. Ungehorsamsfolgen, Freiburg i. B. 1859, Arnold im Arch. f. civ. Pr. XLVI. S. 163 fg., Bolgiano: Gesammelte Abhandl. S. 12 fg. — Ueber das R. R. insbesondre vgl. Stieber: De bonorum emtione apud veteres Romanos, Lips. 1827, Zimmern: Gesch. des R. Pr. R. III. §. 77, Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. I. S. 112, 186, II. §. 106, §. 108 S. 603, §. 122 S. 775, III §. 157, Keller: Semestria ad M. Tullium Cic., Tur. 1842 vol. I., Ders., Der röm. C. P. 5. Aufl. bearb. von Wach §§. 49, 65, 69, Brackenhoeft in Sell's Jahrbüchern II. 8, 10, Puchta: Cursus der Institutionen II. §. 160, Wieding: Der just. Libellproceß §. 31, §. 34, und besonders Hartmann: Ueber das röm. Contumacialverfahren, Gött. 1851.

1) Von dieser Art war z. B. nach R. R. die Versäumung des durch die cautio judicio sisti festgestellten Termins.

dennoch dem Geladenen pflegt angedroht zu werden, daß seines Ausbleibens ungeachtet die Sache ihren Fortgang haben solle, so liegt darin kein wirklicher Rechtsnachtheil, wogegen sein Ausbleiben allerdings die nachtheilige Folge hat, daß auch der andere zur Vornahme einer Handlung, also arctatorisch geladene Theil nicht zu erscheinen, und wenn erschienen nicht zu handeln braucht, die terminliche Verhandlung vielmehr als mit beiderseitiger Zustimmung aufgegeben betrachtet wird (terminus circumductus).[1a]

Was nun die Beschaffenheit des Zwanges anbelangt, welchen der Richter anwendet, um den Ungehorsam der Parteien zu überwinden, so könnte es scheinen, als ob derselbe verschieden sein müsse, je nachdem er sich gegen den Kläger oder gegen den Verklagten richte, da jenen schon der natürliche Vortheil zur Fortsetzung der Sache treibe, dieser dagegen bestrebt sein werde, der Klage zu entgehen.[2] Und allerdings ist dieser Gesichtspunct nicht ohne Einfluß auf das Contumacialverfahren geblieben. Indeß stehen sich doch nach der L. C. die Parteien insofern gleich, als sie nunmehr beide ein Recht auf das Urtheil haben,[3] und in gleicher Weise dabei interessirt sind, ein günstiges Urtheil zu gewinnen, der Kläger, um des behaupteten Rechts, der Verklagte, um der behaupteten Freiheit sicher zu sein.

Das nun, was von den Parteien durch die Auflagen des Richters gefordert wird, ist die Vornahme von Handlungen, und der anzuwendende Zwang kann daher kein anderer als ein

1a) Vgl. R. G. O. von 1555 III. 12 §. 17, R. Mem. von 1555 §. 10, Conc. der R. G. O. von 1613 III. 12 §. 21 fg. Der heut zu Tage im Sinne des Textes gangbare Ausdruck „Circumduction des Termins" ist dem R. R. fremd. Nach l. 45 pr. D. de re jud. (42, 1) darf der judex auf übereinstimmenden Antrag der Parteien „acta apud se habita — jubere ea die circumduci", d. h. die in einem Termin gepflogenen Verhandlungen cassiren, und in anderen Stellen wird der auf Antrag des Verklagten für den nicht erschienenen Kläger eintretende Verlust der Instanz als „edictum peremtorium circumduci" — l. 73 §. 1, 2 D. de jud. (5, 1) —, „cognitionem circumduci" — l. 27 §. 1 D. de lib. causa (40, 12) —, „cognitionem ad Principem remissam circumduci" — l. 22 §. 1 D. de appell. (49, 1) —, „causam appellationis circumduci" — l. 6. C. quom. et quando (7, 43) — bezeichnet. Vom Text weicht Bolgiano im Arch. f. civ. Pr. LVI. S. 121 fg. ab, welcher jedoch mit dem Hinweis darauf, daß der monitorisch Geladene nicht ungehorsam werden, also auch von keinem Rechtsnachtheil getroffen werden könne, nichts beweist. Denn die Circumduction wird nicht aus dem Ungehorsam, sondern aus der im Ausbleiben liegenden Einwilligung gefolgert.

2) Nov. 112 c. 3 pr. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. III. S. 309.

3) Dies geht im Allgemeinen schon aus der Fassung der Formeln hervor, aus dem Si paret — — condemna und s. n. p. a.

indirecter sein. Zwar erwähnt das R. R. als Mittel, den Verklagten vor Gericht zu stellen, auch den directen Zwang.[4] Da aber die Gegenwart vor Gericht ihre Bedeutung erst durch die Handlung erhält, welche der Erscheinende vorzunehmen hat, und die auf diese bezügliche Weigerung nicht anders zu beurtheilen ist, als die Hintansetzung der ergangenen Ladung, so rechtfertigt sich das gewaltsame Vorführen (die s. g. citatio realis) nur da, wo die Haft des Verklagten, wie dies im Arrestproceß der Fall ist, die zukünftige Befriedigung des Klägers sichern soll.

Der indirecte Zwang aber kann zweifacher Art sein. Er ist ein fortgesetzter, wenn er ausgeübt wird durch die Herbeiführung eines nachtheiligen Zustandes, welcher fortdauert,[5] oder durch nachtheilige Einwirkungen, die sich wiederholen,[6] bis zur Ueberwindung des widerstrebenden Willens, — ein vorübergehender, wenn er sich auf die Androhung eines Uebels beschränkt, das gegen den constatirten Ungehorsam nicht öfter als einmal, oder jedenfalls nur in begrenzter Wiederholung[6a] realisirt wird. In beiden Fällen wirkt auf den Willen die Vorstellung von einem bevorstehenden Uebel, und insofern diese durch das richterliche Verhalten hervorgerufen wird, mittelbar eine Drohung, obschon im ersten Fall nicht nothwendig an eine vorgängige wörtliche Bedrohung zu denken ist, und diese auch im zweiten durch eine allgemeine gesetzliche Regel ersetzt sein kann. Auflagen nun, deren Nichtbefolgung mit einem Rechtsnachtheil bedroht ist, nennt man peremtorische Auflagen, und setzt ihnen die dilatorischen entgegen, welche, wo sie vorkommen, den peremtorischen vorauszugehen pflegen. Von den genannten Zwangsarten hat aber der heutige Proceß nur den vorübergehenden Zwang aufgenommen, und dieser empfiehlt sich in seiner überlieferten Gestalt insbesondere dadurch, daß die durch ihn angedrohten Nachtheile keinen unverhältnißmäßigen Druck auf den Willen üben. Denn niemals sind dieselben größer, als die processualischen Vortheile, deren sich die bedrohte Partei durch Befolgung der richterlichen Auflage zu versichern vermag, und welche sie ohnehin nur aufzugeben braucht, um jeden Zwanges enthoben

---

4) Nov. 53 c. 4.

5) Ein Beispiel gibt die missio in bona.

6) Z. B. Geldstrafen.

6a) Wie die Verurtheilung des Verklagten in die Kosten der bei Einleitung des Verfahrens wiederholt angesetzten Termine.

zu sein; sie bestehen also schlimmsten Falls im Verlust dieser Vortheile.

Hierbei wird jedoch nur an die eigentlichen, den verschiedenen Auflagen sachlich entsprechenden Zwangsmittel, die s. g. besonderen Contumacialnachtheile gedacht. Daneben gibt es andere von mehr secundärer Natur, welche gleichmäßig wegen jedes Ungehorsams eintreten, und deshalb allgemeine Contumacialnachtheile genannt werden. Diese bestehen vorzugsweise darin, daß der Contumax überall die durch seinen Ungehorsam verursachten Kosten zu tragen hat, mag ihm eine peremtorische oder dilatorische Auflage gemacht worden sein, und daß er, wenn sein Ungehorsam gleich nach der L. C. oder gar schon nach Anstellung der Klage begonnen, und bis zu Ende fortgedauert hat, durch das vom Gegner einseitig ausgewirkte Urtheil selbst im Falle des Sieges in die Kosten des ganzen Verfahrens verurtheilt wird.[7] Auch soll der Kläger wegen Versäumung eines von ihm ausgewirkten Termins mit der Bitte um eine neue Ladung des Verklagten so lange überhört werden, bis er die s. g. cautio de lite prosequenda leistet.[8] Von einem anderen allgemeinen Nachtheil der Contumacia, welcher durch die Regel bezeichnet ist „Contumax non appellat“, wird passender in der Lehre von der Appellation gehandelt werden.[9]

Um nun die Verschiedenheit der besonderen Contumacialnachtheile zu übersehen, muß man vor Allem den Ungehorsam vor der L. C. und den Ungehorsam nach der L. C. auseinanderhalten.

1. Der Ungehorsam vor der L. C. betrifft diejenige Thätigkeit der Parteien, welche erforderlich ist, damit die L. C. zu Stande komme. Dabei erinnere man sich, daß wie schon nach justinianeischem, so noch nach heutigem Recht der Proceß mit der Einreichung des Klaglibells beginnt, und darauf vom Richter ein Termin anberaumt wird, welcher im Allgemeinen für die Vollziehung der L. C. bestimmt ist, nicht immer aber in allen Einzelheiten ganz gleiche Bedeutung gehabt hat.[10]

a. Der Kläger soll nach justinianeischem Recht in diesem Termin seine Klagbitte wiederholen und den generellen Calumnien-

---

7) Vgl. §. 46 Note 76, 77.
8) C. 1 in VI. de dolo et cont. (2, 6). Vgl. §. 30 Note 66.
9) Vgl. §. 54 Note 38—43.
10) Die Belege finden sich in §. 14 Note 27—30, §. 70 unter I.

eid schwören. Bleibt er in demselben aus, so gilt er als contumax, und es ist nunmehr ein zwiefaches Verfahren möglich. Der Verklagte kann entweder nach Ablauf von 10 Tagen seine Entbindung von der Instanz und die Verurtheilung des Klägers in die Kosten fordern.[11] Oder er kann das Verfahren einseitig fortsetzen, indem er die dreimalige Ladung des Klägers in Zwischenräumen von 30 Tagen bewirkt, und nachdem er dann noch ein Jahr gewartet hat, auf den Klaglibell handelt, und den Gegenbeweis oder Beweis von Einreden zu erbringen sucht. Jedoch ist dem Kläger gegen Erlegung der bisherigen Kosten die Wiederaufnahme der Sache auch jetzt nicht verwehrt; definitiv schließt ihn erst das Urtheil aus.[12]

Sachgemäß ist nun gewiß die Entbindung von der Instanz, weniger dieses einseitige Verfahren (eremodicium). Denn da der Kläger selbst den ersten Termin erbeten hat, und zudem den Klaglibell wiederholen muß, um die Einlassung des Verklagten möglich zu machen, so kann in seinem beharrlichen Ausbleiben nicht so wohl ein Ungehorsam, als ein Verzicht auf die Instanz gefunden werden. Die Reichsgesetze halten deshalb auch eine Unterscheidung für nöthig. Erscheint der Kläger überhaupt nicht, so soll der Verklagte „von der Instanz und dem Gerichtsstand oder (seu[13]) von der Ladung" ledig erkannt werden,[14] wogegen wenn „der Kläger ein oder mehrmals — erschienen und seine Klag fürbracht und vor der Kriegsbefestigung ungehorsam sein wird," zu des Verklagten Willen und Gefallen steht —, um Absolution von der Instanz zu bitten, oder den Krieg auf die fürbrachte Klage zu befestigen, und darauf in der Hauptsache so viel darzuthun, daß er definitiv von derselben ledig erkannt werden möge.[15] In diesem Zusammenhang hat das einseitige Verfahren Verstand. Indem der Verklagte seine Gegenbitte vorträgt, bringt er die L. C. zum Abschluß, und legt dadurch seinerseits dem Kläger die Verpflichtung auf, die Klage zu beweisen; er ist daher dem vor dem J. R. A.

---

11) L. 73 §. 1, 2 D. de jud. (5, 1) [über die Bedeutung dieser Stelle vgl. Hartmann a. a. O. §. 16, Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 776 Note 104 — eine eigenthümliche Auffassung hat Wieding a. a. O. S. 475 fg. —], nov. 53 c. 1, nov. 69 c. 3 pr.

12) Nov. 112 c. 3.

13) Die K. G. O. von 1495 tit. 18 sagt: „ab instantia judicii, das ist, von der Ladung."

14) Die in Note 13 citirte Stelle erwähnt nur diesen Rechtsnachtheil.

15) K. G. O. von 1523 tit. 6 §. 1, von 1555 III. 42 §. 1, 2, Conc. von 1613 III. 51 pr. §. 1. Vgl. auch Gaill: Obs. I. 59.

geltenden Proceß des R. K. Gerichts gemäß zu der Erwartung berechtigt, daß entweder sofort oder wenigstens im nächsten Termin die Klagthatsachen (in Form von positiones oder articuli) eingebracht werden, und muß, wenn er sich in dieser Erwartung getäuscht sieht, den Proceß durch sein eigenes Vorgehen zu Ende führen dürfen.

Es ist aber hiermit das einseitige Verfahren schon in die Zeit nach der L. C. verlegt, wie noch klarer hervortritt, seitdem die mündliche Wiederholung der Klagbitte nicht mehr für nöthig gehalten wird, der erste Termin also (von Formalien abgesehen) allein für die Erklärung des Verklagten bestimmt ist, und außerdem der J. R. A. verordnet hat, daß im Klaglibell mit der Klagbitte die vollständige factische Begründung der Klage, so wie in der Vernehmlassungsschrift mit der Gegenbitte die Erklärung auf die Klagthatsachen und sämmtliche Einreden verbunden werden sollen.[16] Denn wenn nunmehr der Verklagte beim Ausbleiben des Klägers es vorzieht, sich mit der erforderlichen Vollständigkeit einzulassen, und namentlich Einreden vorzuschützen, so ist das Verfahren doch nur insoweit gehemmt, als der Kläger unterläßt, sich auf die Einreden zu erklären oder dieserhalb um einen neuen Termin zu bitten, was eben so wohl in den späteren Stadien des Verfahrens vorkommen kann. Daher erwähnen manche neuere Processualisten das einseitige Verfahren gar nicht mehr unter den nachtheiligen Folgen, welche der contumacia des Klägers vor der L. C. drohen.[17] Daß eine solche aber in dem durch die R. H. R. Ordnung von 1654 und particularrechtlich ausgebildeten rein schriftlichen Verfahren (Schriftenwechsel)[17a] überhaupt unmöglich ist, liegt klar auf der Hand. Hat hier der Kläger den Klaglibell überreicht, so erhält er erst dann wieder Veranlassung zum Handeln, wenn des Verklagten Vernehmlassungsschrift eingegangen ist, indem terminliche Verhandlungen der Regel nach nicht Statt finden.

Von selbst versteht es sich, daß die Absolution von der Instanz

---

16) J. R. A. §. 34 und 37.

17) So z. B. Hofmann: Teutsche Reichspraxis I. §. 297, 298, III. §. 2294 b., Pütter: Nova epit. §. 146, Bickell: Beiträge zum C. Pr. S. 47. Vgl. auch Seyfart: Teutscher Reichsproceß c. 3 §. 2, 3, bes. §. 3 a. E., welcher nach Pufendorf: Introd. in pr. civ. Br. Lun. c. 3 §. 19 die weitere richtige Bemerkung macht, daß sich die Verhältnisse zu einer provocatio ex l. Diffamari eignen könnten, und dem dann noch säumigen Kläger ewiges Stillschweigen aufzuerlegen sei.

17a) Vgl. darüber §. 67 Note 23, 24.

stets alle Wirkungen des bisherigen Verfahrens, und namentlich die Litispendenz vernichtet.[18] Sie unterscheidet sich gerade dadurch von einem anderen, ohne Mitwirkung des Richters sich vollziehenden Vorgange. Die (in dem mündlichen Verfahren) mit der Insinuation der Klage an den Verklagten ergehende erste Ladung nämlich ist dilatorisch, eben so die in Folge des Ausbleibens des Verklagten erforderliche zweite, und erst die dritte ist peremtorisch. Wenn nun einer von den durch die Ladung anberaumten Terminen circumducirt wird, sei es daß keine Partei erscheint, oder daß der allein erschienene Verklagte nicht handelt, namentlich nicht um Absolution von der Instanz nachsucht, so wird bloß die Wirkung der unmittelbar vorausgegangenen Ladung aufgehoben. Es erlischt daher zwar die ganze Instanz, wenn die Ladung die erste, nicht aber, wenn sie die zweite oder dritte war, indem sie dann nur als ungeschehen gilt, und auf den Antrag des Klägers erneuert werden muß.[19]

b. Von der Contumacia des Verklagten[20] redet noch das justinianeische Recht in Beziehung auf die L. C. bloß da, wo der Verklagte von der an ihn ergangenen Ladung Kenntniß erhalten hat, und entweder vor Gericht zu erscheinen versäumt, oder im Gericht erschienen seinen processualischen Obliegenheiten nachzukommen sich weigert.[21] In diesem letzten Fall wird der Ungehorsam unmittelbar aus dem Schweigen oder der erklärten

---

18) Mit Unrecht nehmen die Fortdauer der Litispendenz an Danz: Grundsätze §. 39 n., Glück: Commentar III. S. 408, und die von diesen Citirten.

19) Vgl. die Entsch. des O. A. G. zu Rostock bei Buchka und Budde: Entscheidungen II. 6.

20) Die obigen Resultate sind den Untersuchungen Hartmann's a. a. O. (Note *) entnommen, welcher ziemlich allen früheren Darstellungen dieser Lehre gegenüber überzeugend dargethan hat, daß das R. R. einen principiellen Gegensatz zwischen contumacia und absentia, und wieder zwischen böslicher Abwesenheit und Abwesenheit schlechthin statuirt. Er ist jedoch mit dieser Auffassung noch keineswegs allgemein durchgedrungen. Namentlich ist ihm Wieding a. a. O. S. 682 fg. entgegengetreten, indem derselbe auch bei der einfachen absentia einen vorgängigen richterlichen Ladungsbefehl (denunciatio ex auctoritate) voraussetzt, und folgeweise den schlechthin Abwesenden immer auch für contumax hält, weiter aber annimmt, daß das Contumacialverfahren, wennschon nicht gegen alle böslich (ohne vorausgegangenen richterlichen Ladungsbefehl) Abwesenden, so doch gegen die Latitirenden zulässig sei. Vgl. auch Bethmann-Hollweg III. S. 302 fg.

21) Am allgemeinsten weist auf diesen Character der contumacia die l. 53 D. de re jud. (42, 1), wo es in pr. heißt „contumacia eorum, qui jus dicenti non obtemperant," und in §. 3 „contumaces non videntur, nisi qui, quum obedire deberent, non obsequuntur." Vgl. auch l. 52 D. de R. J.

Weigerung erkannt.[22] In dem anderen dagegen bedarf es, wenn die erste Ladung keinen Erfolg gehabt hat, zur Feststellung des Ungehorsams wiederholter richterlicher Ladungen,[23] welche „denunciationibus et edictis literisque“ geschahen,[23a] oder unter Umständen einer einmaligen peremtorischen.[24] Erscheint der Verklagte auch hierauf nicht, so treten eben so wie im Falle der ausdrücklich verweigerten Einlassung verschiedene Rechtsnachtheile ein, jenachdem es sich um persönliche, oder um dingliche Klagen handelt. Für jene besteht der Rechtsnachtheil in der einseitigen Fortsetzung des Verfahrens. Unter Ausschluß der Einreden wird dem Kläger der Beweis seines Klaggrundes gestattet, und wenn derselbe gelingt, die Verurtheilung des Verklagten erkannt und auf dem gewöhnlichen Wege der pignoris capio exequirt.[25] Auf dingliche Klagen dagegen braucht sich der Verklagte nicht einzulassen, so bald er bereit ist, auf den Besitz des Streitsobjects zu verzichten,[26] und der seine Contumacia treffende Nachtheil kann mithin nur darin bestehen, daß das Streitobject auf den Kläger transferirt, ihm selbst jedoch die petitorische Verfolgung seines etwaigen besseren Rechts vorbehalten wird.[27]

---

22) Hierher gehört besonders die Verweigerung der L. C., worauf sich z. B. beziehen l. 2 §. 3, 6, l. 8, 22, 24, 28 D. de jud. (5, 1), l. 8 §. 3, l. 43 §. 6, l. 44, 45 pr., l. 73, 75 D. de proc. (3, 3), l. 71 §. 2 D. de leg. I. (30, 1), l. 49 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1), l. 7 pr. D. de aqua et aquae pl. (39, 3), l. 18 D. jud. solvi (46, 7), l. 2 C. de hered. v. act. vend. (4, 39).

23) L. 75 D. de jud. (5, 1) [„Si Praetor jusserit eum, a quo debitum petebatur, adesse, et ordine edictorum peracto pronuntiaverit, absentem debere —“], l. 55, 68—73 pr. D. eod., l. 47 §. 1, l. 53 §. 1, l. 59 §. 3 D. de re jud. (42, 1), l. 26 §. 7, 9 D. de fideicomm. lib. (40, 5), l. 5 pr. D. de poenis (48, 19), l. 2 C. ubi in rem actio (3, 19), l. 7, 8, 9 C. quomodo et quando (7, 43), l. 6 §. 3, 4 C. de his, qui ad eccl. (1, 12). Vgl. auch l. 1 pr. §. 1 D. de feriis (2, 12) „— si Praetor — — evocare eos perseveraverit —,“ Pauli R. S. V. 5 a §. 6 b, nov. Valent. III. tit. 34 §. 15.

23a) Ueber diese Ausdrücke, durch welche Wieding a. a. O. S. 324 fg. verschiedene Momente, Hartmann S. 141 fg. und Bethmann-Hollweg II. S. 774 verschiedene Formen der Ladung bezeichnet findet, vgl. den §. 67.

24) L. 72 D. de jud. (5, 1), l. 8 C. quomodo et quando (7, 43).

25) L. 73 pr. §. 3, l. 75 D. de jud. (5, 1), l. 53 pr. D. de re jud. (42, 1), l. 6 §. 3, 4 C. de his, qui ad eccl. conf. (1, 12), l. 1 C. quor. app. non recip. (7, 65) [über das „negotio prius summatim perscrutato“ vgl. §. 29 Note 13]. Vgl. auch l. 13 pr. in f., l. 29 §. 2 D. de minor. (4, 4), Pauli R. S. V. 5 a §. 6 b, nov. Valent. III. tit. 34 §. 15, nov. 119 c. 6, und dazu Hartmann S. 172 fg. Gegen die pignoris capio Bethmann-Hollweg III. S. 305.

26) L. 156 pr. D. de R. J. (50, 17) [„Invitus nemo cogitur rem defendere“], l. 80 D. de R. V. (6, 1) [„In rem actionem pati non compellimur —“].

27) Fr. Ulp. Endl. (in der Zeitschr. für gesch. R. W. IX. 1, verb. Nam si fundum etc.), fr. Vat. §. 92, 93, Pauli R. S. I. 11, l. 8 D. si pars hered. (5, 4), l. 80 D. de R. V. (6, 1), l. 60 §. 1 D. de usufr. (7, 1), l. 6 §. 6 D. de

Dadurch nun, daß die Contumacia des Verklagten durch die Insinuation der Ladung bedingt ist, steht sie in entschiedenem Gegensatz zu anderen Fällen, in welchen der Verklagte von gewissen Nachtheilen betroffen wird, obschon ihm die Ladung gar nicht oder wenigstens nicht in wirksamer Art hat insinuirt werden können. Ist nämlich der Verklagte

erstens abwesend oder nicht aufzufinden, so wird der Besitz seines Vermögens dem Kläger der bloßen Sicherheit wegen (custodiae causa) überlassen, bis er sich stellt, um die Vertheidigung zu übernehmen.[28] Wenn er dagegen

zweitens der Ladung sich böswillig entzieht (si fraudationis causa latitat nec absens defenditur),[29] oder an dem durch cautio judicio sisti bestimmten Termin vor Gericht nicht erscheint,[30] oder zwar aufgefunden werden kann, wegen persönlicher Mängel aber unfähig ist, sich selbst zu vertheidigen (pupilli, minores, furiosi, prodigi ceterique, qui curatorum ope juvantur, — capite minuti, — universitates),

---

ed. Carb. (37, 10), l. 15 D. de O. N. N. (39, 1), l. 45 D. damni inf. (39, 2), l. 7 §. 19 D. quibus ex causis (42, 4), l. 2 C. ubi in rem a. (3, 19) [über das „negotium summatim discutiens vgl. §. 29 Note 13], l. 1 C. uti possidetis (8, 6). Die l. 8 C. quomodo et quando (7, 43) ist von einer Erbschaftsklage zu verstehen, welche gewisse persönliche Präſtationen in sich schließt (Hartmann §. 22), und recht anschaulich hebt den zwischen persönlichen und dinglichen Klagen rücksichtlich der contumacia bestehenden Unterschied l. 7 D. de aqua et aquae pl. (39, 3) hervor. Vgl. Hartmann S. 175 fg., Bethmann-Hollweg III. S. 306.

28) Entscheidend ist l. 21 §. 5 D. ex quibus causis majores (4, 6): „— eorum, qui non defenduntur, si quidem latitent, Praetor ex edicto pollicetur in bona [eorum] mittere, ut si res exegerit, etiam distrahantur, si vero non latitent, licet non defendantur, in bona tantum mitti.“ Zur Unterstützung dienen l. 23 §. 4 D. eod., l. 7 §. 17 D. quibus ex causis (42, 4), und einen indirecten Beweis enthalten l. 1 §. 1 D. qu. ex causis maj. (4, 6) [verb. cum absens non defenderetur etc.], und Gai. III. 78. Nicht entgegen Cic. pro Quinctio c. 19 verb. „Qui absens judicio defensus non fuerit,“ da diese in die Pandecten nicht übergegangenen Worte des Edicts einen Fall voraussetzen, in welchem die Pflicht zur Uebernahme des judicium (daher „judicio defensus“) bereits vom Verklagten anerkannt worden ist, namentlich durch cautio judicio sisti, wovon in anderer Ausdrucksweise das in l. 2 pr. D. qu. ex causis (42,4) überlieferte Edict handelt. Vgl. gegen Keller: Semestr. I. p. 49 sequ. und Puchta: Cursus der Inst. II. 160 n., Bethmann-Hollweg II. S. 560, welche auch dem nicht böswillig abwesenden Verklagten gegenüber das Recht des Verkaufs annehmen, die Ausführung von Hartmann a. a. O. §. 2 — 12, Wieding a. a. O. S. 667.

29) Die Edictsworte finden sich bei Cic. pro Quinctio c. 19 und vollständiger in l. 7 §. 1 D. quibus ex causis (42, 4). Außerdem vgl. l. 7 §. 2 sequ. D. cit., l. 21 §. 2, l. 23 §. 4 D. ex quibus causis majores (4, 6), l. 9 C. de bonis auct. jud. (7, 72), Gai. III. 78.

30) Die Worte des Edicts stehen in l. 2 pr. D. quibus ex causis (42, 4). Vgl. auch Note 28.

und sein gesetzlicher Vertreter die Vertheidigung ablehnt, so wird der Kläger in sein Vermögen immittirt mit dem Rechte des Verkaufs (venditionis causa). Jedoch genießen die Pupillen das Vorrecht, daß ihre Güter nicht während der Unmündigkeit verkauft werden dürfen, und die furiosi stehen ihnen hierin insoweit gleich, als der Verkauf nur wegen drückender Schulden und causa cognita erlaubt ist.[31] Der Verkauf der Güter geschieht aber in späterer Zeit nicht mehr im Ganzen, wie früherhin, wo der Käufer in universum jus succedirte,[32] sondern im Einzelnen („— prout utile eis [sc. creditoribus] visum fuerit, ea disponere").[33]

Bei dinglichen Klagen wird das beschriebene Verfahren mit Unterscheidung der beiden möglichen Voraussetzungen und Zwecke gleichfalls für anwendbar gehalten.[34] Nur gilt im Falle der Abwesenheit die Immission in das streitige Object für ausreichend und bequemer,[35] und gegen den Latitirenden, der nicht viel sonstiges Vermögen hat, kann sie es wenigstens sein, falls nicht die Klage persönliche Leistungen in sich faßt.[36] Unbedingt aber darf innerhalb eines Jahres der Abwesende,[37] und gegen Cautionsleistung (cautio judicatum solvi) bis zum Verkauf auch der Latitirende so wie jeder diesem Gleichstehende sein gesammtes Vermögen oder die einzelnen in Besitz genommenen Sachen zurückverlangen und als Verklagter den Proceß übernehmen.[38] Auch

---

31) L. 5, 7 §. 10—12, l. 10 D. quibus ex causis (42, 4), l. 5 D. de reb. auct. jud. (42, 5), l. 1 §. 2 D. quod cujusc. univ. (3, 4). Einen hierher gehörigen Fall enthält auch l. 7 §. 2 D. de cap. min. (4, 5) [vgl. mit Gai. III. 84, IV. 38, 80]. Vgl. Hartmann S. 41 fg.

32) Vgl. darüber Bethmann-Hollweg II. S. 638.

33) Pr. I. de succ. subl. (3, 12), §. 1 I. de hered. qual. (2, 19), l. 10 §. 1 C. de bonis auct. jud. (7, 72), und dazu Bethmann-Hollweg III. S. 321.

34) L. 7 §. 16 D. quib. ex caus. (42, 4) vgl. mit l. 23 §. 4 D. quib. ex caus. maj. (4, 6), l. 18 D. si serv. vind. (8, 5).

35) L. 7 §. 17 D. quib. ex caus. (42, 4). Von diesem Fall ist auch l. 8 §. 3 C. de praescr. XXX. ann. (7, 39) zu verstehen.

36) L. 7 §. 18, 19 D. quib. ex caus. (42, 4) und dazu Hartmann §. 10.

37) L. 8 §. 3 C. de praescr. XXX. ann. (7, 39). Daß in diesem Falle keine cautio jud. solvi erforderlich war, ergibt sich aus Gai. IV. 102 [vgl. außerdem l. 35 D. de reb. auct. jud. (42, 5)]. Auch fordert jene Constitution nicht die c. jud. solvi, sondern eine c. suscipiendae litis, die wohl keine andere, als die c. judicio sisti ist [nicht die in §. 2 I. de satisdat. (4, 11) erwähnte „quod in judicio permaneat usque ad terminum litis"]. Das Jahr, von dem im Text die Rede ist, kommt nur in der l. 8 §. 3 C. cit. vor.

38) Cic. pro Quinctio c. 8, Gai. IV. 102, l. 33 §. 1 D. de reb. auct. jud. (42, 5).

versteht sich von selbst, daß der Verklagte weder die missio in bona, noch die venditio bonorum anzuerkennen braucht, wenn deren gesetzliche Voraussetzungen, zu welchen insbesondere auch die Existenz eines Klaganspruchs gehört,[39] nicht vorhanden sein sollten, daß er darüber eine Untersuchung (praejudicium) zu fordern berechtigt ist, und daß, wenn seine Behauptung durch diese bestätigt wird, die unverkürzte Wiederherstellung der gestörten factischen Verhältnisse erfolgt.[40].

Uebrigens ist es nicht zweifelhaft, daß wer sich betrüglicher Weise versteckt und dadurch die Insinuation der gerichtlichen Ladung vereitelt, in fraudem legis handelt, und ganz so angesehen werden darf, als ob er sie kennen gelernt hätte. Die latitatio läßt sich mithin der ersten persönlichen Ladung gleichachten,[41] und daraus erklärt sich wohl, daß wir im Interesse gewisser zu einer schleunigen Entscheidung drängender Sachen gegen den Latitirenden statt der missio in bona das zum Contumacialurtheil führende einseitige Verfahren angewandt finden.[42]

Gerade dieser Umstand aber hat dazu beigetragen, der Doctrin des Mittelalters den Unterschied, welchen das R. R. zwischen der contumacia und den Voraussetzungen der missio in bona annimmt, vollkommen unverständlich zu machen. Für unbedenklich hielt man, daß derjenige, welcher sich der Ladung entziehe, so anzusehen sei, als sei er geladen,[43] folgerte daraus aber nicht die all-

---

39) L. 50 pr. D. de pecul. (15, 1) [„— quia non fraudationis causa latitat, qui si judicium acciperet, absolvi deberet"], l. 12 pr. D. de reb. auct. jud. (42, 5). Im Princip stimmt auch l. 7 §. 15 D. quibus ex causis (42, 4) überein. Dazu vgl. Gai. III. 220, l. 1 §. 5 D. ne vis fiat ei, qui (43, 4).

40) L. 7 §. 3 D. quibus ex causis (42, 4), l. 30 D. de reb. auct. jud. (42, 5). Dieses Präjudicium erwähnt auch Cic. pro Quinctio c. 8, 27. Vgl. über das Vorstehende Keller: Semestr. I. p. 87, Hartmann §. 14, Bethmann-Hollweg II. S. 790 fg.

41) Darauf deuten l. 26 §. 7, l. 28 §. 1, 5 D. de fideicomm. lib. (40, 5), l. 67 D. de jud. (5, 1), — l. 3 §. 15 vgl. mit l. 7 §. 3 D. de susp. tut. (26, 10), — l. 2 §. 41 D. ad S. C. Tert. (38, 17), — l. 6 D. ubi pup. educari (27, 2). Vgl. Hartmann S. 171, Wiebing a. a. O. S. 684.

42) Diese Vermuthung wird durch die in der vorigen Note citirten Stellen sehr nahe gelegt. Die Eigenthümlichkeiten der Gerichtsverfassung, von welcher Hartmann §. 24 die Anwendbarkeit der einen und der anderen Folge der latitatio abhängig sein lassen will, können wohl die Entstehung, aber nicht den Fortbestand und die Anwendungsgebiete dieser verschiedenen Folgen erklären. Wiebing S. 684, 698 läßt die obige Frage unerörtert, Bethmann-Hollweg III. S. 303 fg. ist durchaus abweichend.

43) Vgl. z. B. Durantis II. 1 de contum. §. 1 nro. 1: „Contumax est, qui trinis edictis vel uno peremtorio citatus non venit, vel venit, sed non

gemeine Anwendbarkeit des römischen Contumacialverfahrens, sondern beschränkte dieses (d. i. das eremodicium) auf die Zeit nach der L. C., indem man zufolge einer Generalisirung der singulären[44] Vorschriften der nov. 53 c. 4 von der Ansicht ausging, daß ohne L. C. weder Beweis noch Urtheil möglich sei.[45] So entwickelte sich aus einer Combination römischer Rechtselemente ein eigenthümlich neues Contumacialverfahren, welches mit dem durch die carolingische Gesetzgebung ausgebildeten nicht bloß große Aehnlichkeit, sondern offenbar auch historischen Zusammenhang hat.[46] Hiernach ist die missio in bona die specifische Folge der contumacia, welche eintritt, sowohl wenn der Verklagte die Einlassung vor Gericht verweigert, als wenn er vor Gericht nicht erscheint, nachdem er als Anwesender durch Boten, als Abwesender durch Briefe oder öffentliche Edicte geladen worden ist. Sie ist aber zur Sicherung gegen Chicanen durch die Bescheinigung des Klagrechts bedingt, und beschränkt sich bei dinglichen Klagen auf das Streitobject, bei persönlichen auf eine dem Betrage der Forderung entsprechende Anzahl von Sachen („pro modo debiti declarati"). Der Verklagte kann binnen einem Jahre gegen Cautionsleistung und Ersatz der Kosten den Besitz wiedererlangen, nachher nur noch klagend auftreten, was einer missio ex secundo decreto verglichen

obedit, seu illicentiatus recedit; item is, qui latitat, ne citatio possit ad eum pervenire, vel impedit, seu procurat per se vel per alium, ne citari possit, quibus casibus pro citato debet haberi," — wobei Bezug genommen wird auf c. 2 C. 5 qu. 1 und c. 5 §. 1 X. ut lite non cont. (2, 6) [— „si contumax apparuerit is, in quem fuit actio dirigenda, seu quia peremtoria citatione recepta venire contemnit, seu quia malitiose se ipsum occultat, seu quia impedit, ne possit citatio ad eum pervenire"]. Vgl. auch c. 2 Clem. ut lite pendente nil innov. (2, 5).

44) S. darüber Hartmann a. a. O. S. 112 fg.

45) Abweichender Meinung war zwar Martinus, allein die im Text vorgetragene, von Bulgarus, Ugo und Albericus aufgestellte — vgl. Hugolinus: Dissens. dominorum §. 337 (ed. Haenel) —, von Azo: Summa III. 1 nr. 13 vertheidigte Ansicht wurde in die gl. ord. aufgenommen und vom C. R. bestätigt. Vgl. gl. Examinato] ad auth. Qui jurat C. de bonis auct. jud., gl. Omne] ad nov. 53 c. 4, und ferner c. 1, 2, 3, 5 X. ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionem vel ad sententiam diffinitivam (2, 6). Vgl. Planck: Die Lehre vom Beweisurtheil S. 143 Note 2.

46) Vgl. Maurer: Gesch. des altgerm. G. V. §. 77, 78, Meibom: Das Deutsche Pfandrecht S. 98 fg., besonders aber Ficker: Forschungen I. S. 29 fg., Bethmann-Hollweg: Der germ. rom. C. Pr. II. S. 178 fg., S. 386 fg., S. 389 Note 11, S. 427 fg., S. 430 Note 9. Aus den Nachweisungen der beiden letzten Schriftsteller erhellt, daß das carolingische Contumacialverfahren, welches in einer universellen missio in bannum mit nach Jahr und Tag folgender infiscatio bestand, sich in Italien unter dem Einfluß römischer Rechtsanschauung zur Specialimmission des Klägers (investitura salva querela) umgestaltete, und in der Folgezeit den Character der im Text beschriebenen missio in bona annahm.

wird. Den Verkauf setzt bei persönlichen Klagen der Richter nach einem in sein Ermessen gestellten Zeitraum an.[47]

Analog der missio in bona und neben derselben bildete das C. R. die Excommunication,[48] und das spätere deutsche Recht auch für Civilsachen die Acht (bannum) aus,[49] so daß, als das R. R. in Deutschland recipirt wurde, in den weltlichen Gerichten missio in bona (Einsatz) und Acht, in den geistlichen missio in bona und Excommunication die regelmäßigen Zwangsmittel gegen den Ungehorsam des Verklagten vor der L. C. waren.[50]

Indessen hatte doch das C. R. im Widerspruch mit der auch von ihm vertretenen Regel, daß lite non contestata ein Endurtheil nicht möglich sei,[51] für Streitigkeiten über das eheliche Band, die Gültigkeit kirchlicher Wahlen[51a] und die Freiheit der Kirchen,[52] so wie für die inquisitio excessuum[52a] ausnahmsweise wieder das einseitige Verfahren als gesetzlichen Contumacialnachtheil vorgeschrieben, indem es davon ausging, daß bei diesen Sachen das kirchliche Interesse die auf anderem Weg unvermeidliche Verschleppung nicht dulde. Die größere Einfachheit und Schnelligkeit des einseitigen Verfahrens aber machte überhaupt dessen allgemeinere Geltung wünschenswerth. Italienische Stadt- und Landrechte hatten es daher schon im 12. und 13. Jahrhundert unbeschränkt zur Geltung gebracht[52b] und die Doctrin glaubte es mindestens auf solche Sachen ausdehnen zu dürfen, in welchen in einer verein-

---

47) Vgl. c. 5 §. 6—8 X. ut lite non cont. (2, 6), Pillius: De ord. jud. III. §. 18, Tancredus: Ordo judic. II. 4 §. 1, Gratia: De judic. ord. I. 7 §. 1, 2, Damasus: Summa de ord. jud. tit. 13, Durantis II. 1 de contumacia, de primo decreto, de secundo decreto, Jo. Petr. de Ferrariis: Praxis aur. IV. 2 nr. 8—12, Maranta: Aur. prax. VI. de contumacia, Joa. Urbach: Proc. jud. (ed. Muther) c. 15—17.

48) Zunächst für res spirituales. Vgl. darüber die Stellen der vorigen Note, so wie auch Müchel: Das Verfahren bis zur Litiscontestation, Leipzig 1870, S. 150 fg.

49) Vgl. Maurer a. a. O. §. 151 Note 71—74 und nunmehr vorzüglich Ficker: Forschungen I. S. 79 fg., S. 101 fg., S. 149 fg., S. 178, Franklin: Das Reichshofgericht II. S. 235 fg.

50) S. z. B. Caes. Contardus: Comm. in l. Diffamari c. 2 nr. 7.

51) C. 1, 2, 5 pr. X. ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionem vel ad sententiam diffinitivam (2, 6).

51a) C. 5 §. 1 X. eod. (2, 6), c. 18 X. qui matr. acc. (4, 18), c. 1 in VI. de eo, qui in poss. (2, 7).

52) C. 34 X. de test, (2, 20).

52a) C. 5 §. 5 X. ut lite non cont. (2, 6), c. 8 X. de dolo et cont. (2, 14).

52b) Vgl. darüber die Nachweisungen bei Wach: Arrestproc. I. S. 182 fg., S. 189 fg.

fachten Procedur (simpliciter et de plano, sine strepitu et figura iudicii),[53] d. h. nicht im ordentlichen Proceß, sondern officio judicis oder extra ordinem (im s. g. unbestimmt summarischen Proceß) vorgeschritten werden sollte.[54] Ein Gesetz Clemens V. vom J. 1306 legalisirte diese Auffassung.[54a] Die Zahl der Sachen, auf welche sie Anwendung fand, war schon gemeinrechtlich sehr groß,[55] noch größer nach manchen Statuten, ja gegen Ende des Mittelalters werden fast durchgängig alle Klagen in das außerordentliche Verfahren verwiesen.[56] Dabei bediente man sich nicht selten der an die Auffassung[57] und Ausdrucksweise des R. R.[58] angelehnten Wendung, daß die L. C. in Folge des Ungehorsams des Verklagten fingirt werde.[59] Und diesen schon in Italien versuchten Weg schlugen nun auch die Ordnungen des R. K. Gerichts ein. Gleich die K. G. O. von 1495 tit. 19 §. 1 stellte dem Kläger außer dem Einsatz ex primo decreto und der Acht und Aberacht den Beweis der Klage zur Wahl, und die späteren Reichsgesetze sind ihr hierin

53) Vgl. c. 6, 13 X. de iud. (2, 1), c. 27 X. de spons. (4, 1), c. 8 X. de statu mon. (3, 25), c. 26 X. de accus. (5, 1), c. 43 §. 1 in VI. de elect. (1, 6), c. 20 in VI. de haeret. (5, 2). Vgl. Briegleb: Einleitung S. 20 fg.

54) Vgl. Innocent. ad c. 26 X. de accus. v. De plano] („Sed quaeres, ad quid ergo valent haec verba? Respondeo, quia altera parte absente contumaciter vel etiam sine contumacia (ut quidam dicunt), dummodo citetur legitime, potest procedi ad testium receptionem et etiam ad diffinitionem causae, et etiam praesente, si jussus nollet litem contestari, arg. supra de test. cum olim"), Durantis I. 4 de teste §. 2 nr. 2 (sub 30: „Ubicunque aliquid officio judicis expeditur"), nr. 4 (sub 36: „In omnibus emergentibus, sec. quosdam et breviter ubicunque libellus non admittitur"), wo jedoch nicht gerade von der contumacia, sondern schlechthin von testes recipiendi ante litem contestatam die Rede ist, Felinus Sandeus ad c. 26 X. de accus. nr. 7: („Quid si dicatur „sola facti veritate inspecta?" Vide dom. de Rota dec. 34 concl. 93 noviss. ord., ubi dicunt, quod potest procedi contra contumacem ad diffinitivam"), Joa. Urbach l. c. (Note 47) c. 15. Einen Beleg für das Vorstehende gibt auch Extravag. Henrici VII. Ad reprimendum.

54a) C. 2 in Clem. de V. 5 (5, 11) und dazu Wetzell in den Krit. Jahrb. für deutsche R. W. 1848 S. 780, Briegleb a. a. O. S. 27 fg.

55) Vgl. Wetzell a. a. O. 1848 S. 780—784.

56) Die Belege bringt Wach a. a. O. S. 191 Note 61. Vgl. auch Maranta l. c. (Note 47) VI. de litiscont. nr. 2, de contumacia, nr. 10, Petr. Follerius in add. ad Aur. prax. Marantae VI. de lit. cont. nr. 12 in f.

57) Vgl. §. 14 Note 85, 86, 88.

58) In dieser Beziehung ist in §. 14 Note 88 auf l. 2 C. ubi in rem a. (3, 19) hingewiesen worden.

59) Vgl. Jo. Petr. de Ferrariis l. c. (Note 47) IV. 2 nr. 1: „In quibusdam tamen locis per statuta terrarum provisum est, quod in poenam contumaciae in non respondendo libello lis habeatur pro contestata, quae poena non haberet locum de jure communi." Vgl. auch die Ausdrucksweise der in der Note 56 a. E. citirten Schriftsteller und der Beispiele bei Wach a. a. O. S. 183, S. 196 Note 69.

ohne einige Abweichung gefolgt.[60] So sehr aber stellte sich im Lauf der Zeit der Vorzug dieses Contumacialnachtheils vor den übrigen heraus, daß der J. R. A. §. 36 den Einsatz und die Acht beseitigte,[60a] und den einseitigen Klagbeweis allein bestehen ließ.

Auf diesen Grundlagen beruht nun das heutige gemeine Recht, welches von dem römischen besonders darin abweicht, daß es weder zwischen dinglichen und persönlichen Klagen, noch zwischen Ungehorsam und Abwesenheit unterscheidet. Abwesende werden wo möglich auf dem Wege der Requisition, im Nothfall durch öffentliche Bekanntmachung (edictaliter) geladen,[61] und wenn sie nicht erscheinen, als ungehorsam angesehen. Und der Ungehorsam in diesem erweiterten Sinn erzeugt überall dieselben Folgen, welche die Contumacia des R. R. in Anwendung auf persönliche Klagen mit sich führt. Diese Folgen aber sind, namentlich seit Durchführung des Eventualprincips, den nach der L. C. eintretenden vollkommen analog; der Verklagte wird mit den Einreden, welche er hätte vorschützen können, präcludirt (poena praeclusi), und dem Kläger ist gestattet, durch den einseitigen Beweis der Klagthatsachen die Verurtheilung auszuwirken.[62] Dabei bleibt der Gegensatz von versäumter und verweigerter Einlassung außer Betracht. Der Versäumung macht sich der Verklagte im mündlichen Verfahren dadurch schuldig, daß er an dem angesetzten Termin nicht erscheint, im schriftlichen dadurch, daß er innerhalb der anberaumten Frist nicht handelt oder

60) K. G. O. von 1496 tit. 15, von 1500 tit. 40, von 1508 tit. 1 §. 4, von 1523 tit. 6 §. 2, von 1555 III. 43 §. 1, 4, R. Mem. von 1555 §. 14, Conc. von 1613 III. 52 pr. §. 3.

60a) Daß damit auch die singuläre Vorschrift des Dep. A. von 1600 §. 95 aufgehoben sei, ist von der gemeinrechtlichen Doctrin überwiegend verneint worden. So von den Cameralschriftstellern, z. B. von Roding: Pandectae juris cameralis III. 56 §. 5 (mit Berufung auf die Cameralpraxis), Blumen: Proc. cameralis 66, nr. 55. Spätere, wie Pütter: N. E. ed. 2. §. 139, Selchow in seiner Ausgabe des Concepts der K. G. O. von 1613 III. 52 §. 6, Danz: Grundsätze des reichsgerichtlichen Pr. §. 237 schließen nur die Acht aus. In neuerer Zeit werden an deren und der Immission Stelle andere Contumacial- (Geld-, Gefängniß-) Strafen für anwendbar gehalten, z. B. von Gönner: Handb. des Pr. I. S. 491 fg., Martin: Lehrb. §. 82 Note a, §. 121 Note c, Ders.: Vorles. I. S. 452, Bayer: Vorträge S. 503, 506, Arnold im Arch. für civ. Pr. XLVI. S. 166, Renaud in der Zeitsch. für C. R. u. Pr., N. F. XVIII. S. 171 Note 99, Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert IV. 157. Doch steht dieser Meinung schon von Alters her eine verbreitete Ansicht gegenüber, welche zwar die Vorschrift des Dep. A. von 1600 §. 95 für aufgehoben ansieht, aber durch in integrum restitutio hilft. Vgl. Berger: Elect. disc. for. XX. obs. 3, Wernher: Obs. for. I. obs. 264 nr. 4.

61) Vgl. §. 67 Note 78—100.

62) Vgl. die Stellen der Note 25 mit denen der Note 60.

formlos handelt. Eine Verweigerung ist anzunehmen, wenn er nicht handeln zu wollen erklärt, was im Termin schon durch beharrliches Schweigen geschieht, oder, obschon er handelt, keine Erklärung abgiebt, welche direct in Form der Gegenbitte und indirect durch das Leugnen von Klagthatsachen oder Vorschützen von peremtorischen Einreden seine Absicht zu streiten bekundet, somit auch wenn er sich auf Proceßeinreden beschränkt, welche sofort oder bei näherer Untersuchung als nicht begründet erkannt werden, nicht aber wenn er bloß foribeclinatorische Proceßeinreden vorträgt, weil diese vorläufig von der Einlassung befreien.[63] Die bezeichneten Folgen treten also gleichmäßig in beiden Fällen ein, während wenn der Verklagte wenigstens Litem contestirt, d. h. seine Gegenbitte einbringt, alle sonstigen Mängel der Vertheidigung selbstverständlich aus dem Gesichtspunct einer nach der L. C. Statt findenden Weigerung zu beurtheilen sind. Bloß in formeller Hinsicht weichen Versäumung und Verweigerung von einander ab. Jene hat den gesetzlichen Rechtsnachtheil nur dann zur Folge, wenn eine peremtorische Auflage vorausgegangen, und nach Ablauf des durch diese bestimmten Zeitraums — beim mündlichen Verfahren zur Vermeidung der Circumduction im peremtorischen Termin selbst — der Ungehorsam angeschuldigt worden ist (accusatio contumaciae); so wie denn auch bis zur gerichtlichen Anerkennung desselben (declaratio contumaciae) der drohende Nachtheil (wenngleich nicht die Verurtheilung in die dem Kläger bereits verursachten Kosten[64]) durch Nachholung der versäumten Handlung (purgatio contumaciae) immer noch abgewandt werden kann.[65] Diese dagegen, die Verweigerung der Einlassung, ist schon einer dilatorischen Auflage gegenüber denkbar,[66] und gestattet

63) J. R. A. §. 37 in f., §. 40. Vgl. auch Dub. cam. a. 1595 nr. 100, 102.

64) Vgl. Brandis a. a. O. §. 14.

65) Die Grundlage des Vorstehenden bildet c. 24 X. de off. jud. del. (1, 29). Eine weitere, auf vortrefflichen Studien beruhende Begründung findet man in der angeführten Schrift von Brandis, welche namentlich dafür den vollständigsten Beweis erbringt, daß nach gemeinrechtlicher Praxis der angedrohte Rechtsnachtheil erst mit der richterlichen declaratio contumaciae, nicht schon im Moment der accusatio contumaciae eintritt.

66) Im Mittelalter differirten die Ansichten darüber, ob dem Verklagten, wenn er erklärt hatte, nicht handeln zu wollen, vor der L. C. noch eine weitere Ladung zu gönnen sei. Manche hielten sie für nothwendig, Andere nicht Vgl. gl. Appellare] ad l. 8 D. de in int. rest., gl. Statutum est] ad l. 9 C. quomodo et quando, Durant. II. 1 de contumacia §. 1 nr. 2, und besonders Jo. Andreae in add. Poena] ad h. l. vers. De sexto, wo sich ausführliche

keine Reinigung des Ungehorsams,[67] so daß man sagen kann, sie werde von dem eintretenden Rechtsnachtheil ipso jure betroffen.

Die poena praeclusi bezieht sich jedoch überall nur auf diejenigen Einreden,[68] welche zur zutreffenden Zeit bereits existent sind, nicht auf die erst später existent werdenden.[69] Und schon dieserhalb, eben so aber auch mit Rücksicht auf andere mögliche Vertheidigungsgründe ist der Verklagte nicht gehindert, an dem vom Kläger einseitig fortgesetzten Proceß gegen Ersatz der Kosten noch in jedem späteren Stadium Theil zu nehmen.[70] Nur braucht ihm hierzu nicht fortwährend durch monitorische Ladungen oder Communicativ-Decrete Gelegenheit gegeben zu werden.[71]

2. Nach der L. C. ist im justinianeischen Recht für alle die verschiedenen Handlungen, welche dem Endurtheil vorausgehen können, eine einzige Frist gesetzt, die dreijährige s. g. Proceßverjährungsfrist.[72] Zu diesen Handlungen dürfen jedoch die Proceßeinreden nicht gezählt werden, deren Beziehung zu der L. C. es entspricht, daß sie vor der L. C. vorzuschützen und nöthigenfalls zu beweisen sind, und insofern einer besonderen Präclusion unterliegen.[73] Wenn dagegen, wie schon im Formularproceß (§. 14 Note 26), auch

---

literarische Nachrichten finden. Die Reichsgesetze hatten keine Veranlassung, sich über diesen Punct speciell auszusprechen, weil in den Reichsgerichten gleich die erste Ladung peremtorisch war — K. G. O. von 1508 tit. 1 §. 4 —. Doch scheint für die Auffassung des Textes zu entscheiden, daß die erklärte Widersetzlichkeit keine Rücksicht verdient. Von ähnlichen Gesichtspuncten geht das Dub. cam. a. 1595 nr. 101 aus.

67) Dies ist nach der K. G. O. von 1555 III. 42 §. 1 und dem Conc. der K. G. O. von 1613 III. 50 pr. anzunehmen, welche Stellen die nach dem Herkommen des R. K. Gerichts zum Zweck der purgatio contumaciae im Falle des Ausbleibens offen zu lassenden sechs juridicae hier in Wegfall bringen, und dem Kläger gestatten, sofort weiter zu procediren.

68) Hiermit sind die Einreden und Proceßeinreden des §. 17 gemeint, unter Ausscheidung der nur uneigentlich so genannten Gegendeductionen, welche der Richter ex officio supplirt (§. 14 a. E.) Auch trifft die Präclusion ohne Zweifel diejenigen Einreden nicht, welche der Kläger im Klaglibell selbst suppeditirt, worüber sich verschiedene Meinungen bei Glück: Commentar III. S. 515 Note 86 finden; s. aber §. 19 Note 8.

69) K. G. O. von 1500 tit. 37 §. 1, von 1508 tit. 4 §. 2, von 1555 III. 27 §. 2, Conc. von 1613 III. 30 §. 1. Vgl. auch l. 23 §. 3 D. de cond. ind. (12, 6), c. 4 X. de exc. (2, 25), so wie Heinzerling im Archiv für pract. R. W., N. F. VII. 3.

70) K. G. O. von 1500 tit. 41, von 1508 tit. 2 §. 11, tit. 3 §. 24, von 1523 tit. 6 §. 3, von 1555 III. 46 §. 1, Conc. von 1613 III. 55 pr.

71) Vgl. c. 2 in VI. de dolo et cont. (2, 6).

72) L. 13 §. 1 C. de jud. (3, 1), und dazu Buchka: Vom Einfluß des Pr. II. S. 52 fg.

73) Vgl. l. 52 pr. D. de jud. (5, 1), l. 13. C. de exc. (8, 36), l. 1 C. de jurisd. (3, 13), — l. 16 C. de jud. (3, 1), nov. 53 c. 3, 4, nov. 96 c. 2, — l. 8 §. 2, l. 40 §. 3, l. 57 §. 1 D. de proc. (3, 3), l. 13 C. eod. (2, 13).

die prätorischen Exceptionen noch vor der L. C. vorgeschützt werden sollen, so ist dies im Proceß der Kaiserzeit wohl nicht viel mehr als eine historische Reminiscenz, da die peremtorischen Exceptionen ohne Weiteres, und unter Umständen selbst die dilatorischen noch nach der L. C. zugelassen worden zu sein scheinen.[74] Zwischen der Contumacia des Klägers aber und der des Verklagten findet ein wesentlicher Unterschied nicht Statt. Zwar kann, wenn der Kläger die Fortsetzung des Processes verzögert, sofort und ohne Rücksicht auf jene Frist um Absolution von der Instanz gebeten werden.[75] Hiervon abgesehen aber hat jede Partei das Recht, auch in Abwesenheit der anderen ihre Intention zu verfolgen, und nach einseitig (in eremodicio) geführtem Beweis um ein Urtheil zu bitten.[76] Nur muß, ehe dieses gefällt werden kann, der Ablauf des Triennium bevorstehen,[77] und der Abwesende noch drei Mal in Zwischenräumen von 10 Tagen geladen werden.[78] Der Inhalt der dann zu ertheilenden Entscheidung bestimmt sich, da den Abwesenden die poena confessi nicht trifft, nach dem Resultat des versuchten Beweises, und dieses braucht dem Abwesenden nicht nothwendig ungünstig zu sein,[79] obschon das einseitige Verfahren den Ausschluß aller nicht bereits benutzten Angriffs- und Vertheidigungsmittel involvirt, und deshalb namentlich die Verurtheilung des Verklagten in Abwesenheit des Klägers nur schwer zulassen wird.[80] Je nach dem Ausfall des Beweises wird daher bald die Absolution,[81] bald die Condem-

---

74) Ueber die dilatorischen Exceptionen vgl. l. 19 C. de prob. (4, 19), l. 12 C. de exc. (8, 36) mit l. 10 §. 1 [verb. „ante condemnationem“] C. de fidejuss. (8, 41), — über die peremtorischen l. 9 C. de praescr. l. t. (7, 33), l. 9 C. de exc. mit l. 4, 8 C. eod., l. 2 C. sent. resc. non posse (7, 50). Daß beide Arten von Exceptionen verschieden behandelt worden seien, läßt sich aus diesen Stellen nicht entnehmen; nur scheint man nach l. 12 C. de exc. mit der Zulassung dilatorischer Exceptionen nach der L. C. schwieriger gewesen zu sein. Alle Exceptionen konnten ohnehin, wie l. 12 [„citra remedium appellationis“] C. cit., l. 8 § 1 C. de app. (7, 62) und l. 4 C. de temp. et rep. (7, 63) zeigen, in der Appellationsinstanz nachgebracht werden. Vgl. Bethmann-Hollweg III. S. 266 fg., und besonders Wach zu Keller: Der röm. C. Pr. S. 392 Note 970, welcher auch Nachweisungen über die neuere Literatur dieses Gegenstandes gibt.

75) L. 13 §. 5 C. de jud. (3, 1) vgl. mit l. 27 §. 1 D. de lib. causa (40, 12).

76) L. 13 §. 2–4 C. de jud. (3, 1) vgl. mit l. 7 §. 12, l. 8 D. de minor. (4, 4), l. 2 C. quib. ex causis maj. (2, 54).

77) L. 13 §. 2, 5 C. de jud. (3, 1).

78) L. 13 §. 2, 3 C. eod.

79) L. 13 §. 2 C. eod. vgl. mit l. 27 §. 2 in f. D. de lib. causa (40, 12), l. 1 C. quomodo et quando (7, 43).

80) L. 6 §. 3 D. de conf. (42, 2): — „nec solet quis absenti condemnari.“

81) L. 13 §. 2 C. de jud. (3, 1) vgl. mit l. 27 §. 1, 2 D. de lib. causa (40, 12), l. 28 pr. D. de appell. (49, 1).

nation[82] erkannt, und nur bei zweifelhaftem Erfolge der Verklagte auch jetzt noch von der Instanz (ab observatione judicii) entbunden.[83]

Dieses System nun ging in das canonische Recht und in die Praxis nicht ohne wichtige Modificationen über. Mit Hintansetzung der dreijährigen Gesammtfrist[84] wurde das zwischen L. C. und Urtheil fallende Verfahren als eine zusammenhängende Reihe von Handlungen angesehen, welche sämmtlich in einem Termin zu absolviren waren, sofern nicht der weiteren Deliberation oder sonstiger Hemmnisse wegen ein Aufschub (dilatio, induciae), d. h. ein neuer Termin zur Fortsetzung der Sache nachgesucht wurde. In diesem Termin konnte sich von anderer Seite her oder aus anderem Anlaß dieselbe Bitte wiederholen, und an sich war es mithin möglich, daß das Verfahren in so viel einzelne Termine zerfiel, als einzelne Handlungen denkbar waren. Um einer solchen Verschleppung zu begegnen, legte man dem Richter die Befugniß bei, die Thätigkeit der Parteien in gewissen Schranken zu halten. Schon nach C. R. sollte dem Verklagten für das Vorbringen aller dilatorischen Einreden (§. 14 Note 112, 113) eine übrigens in die Zeit vor die L. C. gehörige[85] Frist anberaumt,[85a] und in Uebereinstimmung mit dem R. R. die Production von Zeugen ohne besondere Gründe nicht öfter als drei Mal zugelassen werden.[86] Ferner gestatteten die italienischen Juristen, obschon nicht ohne Widerspruch, die Ansetzung eines Ter-

82) L. 13 §. 3 C. de jud. (3, 1) vgl. mit l. 31 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5), l. 8 D. de minor. (4, 4), l. 17 §. 1 D. de inoff. test. (5, 2), l. 52 §. 18 D. pro socio (17, 2), l. 50 §. 1 D. de leg. I. (30, 1), l. 13 pr. D. jud. solvi (46, 7), l. 14 §. 1 D. de appell. (49, 1), l. 1, 2 C. quibus ex causis maj. (2, 54), l. 1 C. quomodo et quando (7, 43). — Das regelmäßige Executionsmittel ist nach l. 13 §. 3 C. de jud. hier wie im Fall der Note 25 die pignoris capio — vgl. auch l. 6 § 4 C. de his, qui ad eccl. (1, 12) und dazu Hartmann a. a. O. §. 19 Note 5 gegen Bethmann-Hollweg III. S. 308 Note 41 —, so wie in Anwendung auf dingliche Klagen die missio in possessionem (sc. des Streitobjects), verb. „cum in possessionem hujusmodi ex causa actor mittitur", wenn diese Worte nicht gleichfalls von der Pfändung zu verstehen sein sollten.

83) L. 13 §. 2 C. de jud. (3, 1) vgl. mit l. 27 §. 1 in f. D. de lib. causa (40, 12).

84) C. 20 X. de jud. (2, 1), welches Gesetz übrigens diese Frist nicht geradezu beseitigte. Ueber die Praxis des R. K. Gerichts vgl. Gaill. Obs. I. 141 nr. 7.

85) C. 20 X. de sent. et re jud. (2, 27), c. 62 X. de appell. (2, 28).

85a) C. 4 X. de except. (2, 25). Vgl. Wach: Arrestproceß I. S. 179 Note 33.

86) C. 15, 36, 55 X. de test. (2, 20) vgl. mit nov. 90 c. 4. In c. 9 X. de prob. (2, 19) erscheint die dreimalige Productionsfrist als in eine einmalige zusammengezogen.

mins zum Vortrag aller peremtorischer Einreden,[87] und mißbilligten (von besonderen Umständen abgesehen) die Gewährung eines Aufschubs zur Beantwortung von Thatfragen.[88] Von Anfang an aber forderten die K. G. Ordnungen die gleichzeitige Vornahme aller gleichartigen,[89] später sogar aller demselben unmittelbaren Zwecke dienenden Handlungen,[90] und hieran knüpft sich nun die Frage, welche Folgen die Versäumung und Verweigerung der solchergestalt an bestimmte Termine oder Fristen gebundenen Handlungen habe. In dieser Beziehung mag zum Voraus bemerkt werden, daß formell Versäumung und Weigerung in dem der L. C. nachfolgenden Verfahren eben so zu behandeln sind, wie in dem ihr vorausgehenden, daß namentlich die Folgen der Säumniß nur auf vorgängige accusatio contumaciae, die der Weigerung ohne solche verhängt werden, und daß jene sich durch purgatio contumaciae abwenden lassen, diese nicht.[91] Im Uebrigen findet ein wesentlicher Unterschied zwischen willkührlichen und nothwendigen Handlungen Statt[92] — ein Unterschied, der gleichsam sein Vorbild in dem Gegensatz des positiven und negativen Bestandtheils der L. C. hat, indem auf die willkührlichen Handlungen das Princip der Klagbitte paßt „Nemo invitus agere cogitur,"[93] auf die nothwendigen das Princip der Gegenbitte „Judicium redditur in invitum."[94]

a. Willkührliche Parteihandlungen sind solche, deren man sich lediglich zum eigenen Vortheil bedient, um die durch die L. C. eingenommene Stellung zu behaupten, auf die man daher beliebig verzichten kann,[95] wie Einreden, Repliken, Dupliken, Beweis- und Gegenbeweisantritt, Production der Beweis- und Gegenbeweismittel,

---

87) Durant. II. 1 de exc. §. 3 nr. 4. Vgl. dazu K. G. O. von 1508 tit. 4 §. 2.

88) Gratia: De jud. ord. II. 3 §. 7, Durant. II. 2 de posit. §. 6 nr. 9, 10, Jo. Andreae in add. Tamen] ad h. l.

89) Vgl. §. 71 Note 19—22.

90) Vgl. §. 71 Note 23—26.

91) S. Note 65—67.

92) Auf diese Unterscheidung hat schon Mühlenbruch: Entwurf §. 192, dann besonders Brandis a. a. O. Vorw. p. XV aufmerksam gemacht. Vgl. auch Schmid: Handbuch I. §. 91, Bayer: Vorträge S. 505 fg. — Die Unterlassung willkührlicher Handlungen wird mit dem Ausdruck contumacia zuerst von den Juristen des 14. sec. bezeichnet. Vgl. Brandis §. 3.

93) L. 1 C. ut nemo invitus (3, 7).

94) L. 83 §. 1 D. de V. O. (45, 1).

95) Vgl. §. 13 Note 2.

Anfechtung von öffentlichen, eidliche Diffession von Privaturkunden,[96] Beweiseinreden, Annahme von referirten und Ausschwörung von angenommenen oder auferlegten Eiden. Und eine Partei, welche eine dieser Handlungen in dem dafür angesetzten Zeitraum (Termin oder Frist) vorzunehmen versäumt oder verweigert, wird nach Analogie des römischen eremodicium mit derselben präcludirt.[97] Es könnte scheinen, als ob dieser im Allgemeinen als poena praeclusi, in einzelnen Fällen aber auch specieller, z. B. als poena agniti, recogniti, juramenti recusati bezeichnete Nachtheil auf einem stillschweigenden Verzicht beruhe. Allein die Unterstellung eines stillschweigenden Verzichts wird überall durch Protest verhindert, und ein Protest ist vorliegend wegen des vorausgegangenen Befehls des Richters unmöglich.[98] Vielmehr liegt der Grund der Präclusion darin, daß der Richter vermöge seines Zwangsrechts befugt ist, Handlungen, welche an sich bis zum Endurtheil könnten vorgenommen werden, auf eine bestimmte Zeit zu beschränken, und sie, was hiermit schon gesagt ist, nach Ablauf dieser Zeit zurückzuweisen.[99] Mag daher immerhin das Verhalten des Contumax durch die Absicht zu verzichten bestimmt sein,[100] so kommt doch juristisch auf dieselbe so wenig Etwas an, daß selbst da, wo sie wegen Unkenntniß der zuständigen Angriffsmittel nachweislich nicht vorhanden gewesen ist, die poena praeclusi nur auf dem Wege der Restitution beseitigt werden kann. Natürlich aber reicht die

---

96) Brandis a. a. O. Vorw. p. VII scheint die Erklärung über producirte Privaturkunden nicht zu den willkührlichen Handlungen zu zählen. Die obige Auffassung möchte sich aber aus §. 24 Note 81 fg. rechtfertigen.

97) Vgl. die in §. 71 Note 19—26 citirten Stellen, und außerdem R. A. von 1594 §. 64, J. R. A. §. 37, 38.

98) S. darüber Brandis Vorwort p. IX fg.

99) Unbedenklich darf man diesen Nachtheil aus der Fiction eines Verzichts erklären, obschon damit wenig gesagt ist, oder ihn als eine Strafe bezeichnen, wozu ihn der Erfolg unter der Voraussetzung macht, daß die Präclusion wirklich (objectiv) begründete Angriffs- oder Vertheidigungsmittel trifft, und nicht etwa von dem Präcludirten selbst gewollt ist. Man sollte daher auf diese Bezeichnung nicht allzu großes Gewicht legen (wie es offenbar Morgenstern, Lauk und Sartorius a. a. O. [Note *] thun), und noch weniger den vorliegenden Fall eben so wie die Versäumung und Verweigerung nothwendiger Handlungen beurtheilen wollen, was der Irrthum von Sintenis a. a. O. (Note *) ist, der nicht bloß die Präclusion, was vollkommen zutreffend wäre, sondern alle Contumacialnachtheile aus einer vom Staat angeordneten negativen Zwangsverbindlichkeit der Parteien zum Handeln innerhalb bestimmter Zeit erklärt. Wenn übrigens die Präclusion eine Strafe genannt wird, so ist sie jedenfalls nur als eine Proceßstrafe zu denken, und nicht mit den civilrechtlichen Privatstrafen zu verwechseln.

100) Arg. die in §. 19 Note 2 citirten Stellen.

Präclusion nicht weiter, als der Ungehorsam. Im Falle des unvollständigen Handelns sind deshalb die zur Zeit in Frage stehenden Angriffsmittel nur insoweit ausgeschlossen, als sie nicht verwandt worden sind, und da im unvollständigen Handeln die Erklärung gefunden wird, Weiteres nicht vortragen zu wollen, so sind auch Nachträge nicht statthaft, außer auf Grund eines ausdrücklichen Vorbehalts, und unter der Voraussetzung, daß dessen Realisirung kein sonstiges Hinderniß im Wege steht. Im terminlichen Verfahren ist demnach zu unterscheiden, ob sich die vorzunehmende Handlung auf einen anderen Termin verschieben läßt, oder nicht. Dort darf sofort gehandelt, und für die vorbehaltenen Nachträge ein neuer Termin erbeten werden; hier ist gleich Alles vorzutragen, und jeder Vorbehalt erfolglos. Wenn dagegen zu einer an eine Frist gebundenen schriftlichen Eingabe Nachträge vorbehalten worden sind, so kommt nur in Frage, bis wann sie beigebracht werden können, und dafür ist der Character der Frist entscheidend. Hat die Frist den Character eines Fatale, so werden sie von selbst mit deren Ablauf unmöglich, während bei jeder anderen Frist die Beibringung der Nachträge bis zu der durch die Eingabe veranlaßten weiteren Verfügung, also weder nur innerhalb der Frist, noch auch immer bis zu deren Ablauf gestattet ist.

b. Unter **nothwendigen** Parteihandlungen haben wir diejenigen zu verstehen, welche Gegenstand einer processualischen Verpflichtung sind, und dem zu ihrer Vornahme Verpflichteten eben so wohl Nachtheil wie Vortheil bringen können. Es gehören dahin die Beantwortung jenseitiger Behauptungen und die Erklärung auf die Eidesdelation. Ein Verzicht auf solche Handlungen ist von vornherein unmöglich, und der Ausschluß derselben ein Unding. Zwar hat der Richter die Befugniß, auch für **ihre** Vornahme eine zeitliche Schranke zu setzen, um den geregelten Fortschritt des Verfahrens zu sichern. Er drückt aber damit nicht so wohl aus, daß **nur** in der bestimmten Zeit gehandelt werden **dürfe**, als daß innerhalb derselben gehandelt werden **müsse**, will also dadurch die Erfüllung einer **Pflicht**, die schon ohne sein Zuthun besteht, bloß zeitlich fixiren. Deshalb läßt sich denn auch der Nachtheil, welcher die Versäumung oder Verweigerung von nothwendigen Handlungen trifft, nicht aus der Natur der Sache ableiten, er bedarf der positiven Feststellung, und hat um deswillen mehr Aehnlichkeit mit einer Strafe, als die poena praeclusi. In wie weit aber und in welcher

Art der Contumax einem Nachtheil unterliegt, hängt wesentlich mit dem Unterschiede von Versäumung und Verweigerung zusammen, der hier allein materiellen Einfluß hat.

Im R. R. ist vorzugsweise von der Versäumung die Rede, und zwar in Anwendung auf das ihm eigenthümliche mündliche Verfahren. Bleibt die eine oder andere Partei nach der L. C. aus, so wird, wie schon erwähnt, der Abwesende mit den ihm etwa noch zustehenden Angriffen ausgeschlossen, und der Anwesende zum Beweise der seinigen zugelassen. Ein den versäumten nothwendigen Handlungen speciell entsprechender Nachtheil findet somit nicht Statt, die poena praeclusi muß einen solchen vertreten. Wesentlich eben so verhält es sich mit dem Proceß des Mittelalters[101] und der K. G. Ordnungen,[102] wennschon mit der noch in anderem Zusammenhang zu besprechenden Modification, daß wenn eine Partei für die Erklärung über die jenseits in Form von Fragestücken oder Positionen aufgestellten Behauptungen eigends einen neuen Termin erhalten hat, die Versäumung dieses Termins in der fraglichen Rücksicht dem Weggehen aus dem Gericht gleichgeachtet, und wie eine verweigerte Antwort mit dem Rechtsnachtheil des Eingeständnisses bestraft wird.[103] Die gegenwärtige Art seiner Anwendung aber verdankt jener römische Gesichtspunct der Durchführung des

101) Nicht ganz unzweifelhaft war es, ob nicht der Rechtsnachtheil des Eingeständnisses, welcher denjenigen traf, der persönlich vom Richter aufgefordert, die Beantwortung der ihm vorgelegten Thatfragen (interrogationes) verweigerte, auch gegen den Abwesenden in Anwendung zu bringen sei. Vgl. Durant. II. 2 de posit. §. 9 nr. 3: — „secus forte est in absente citato, ut veniat respondere positionibus, et non veniente; — — imo judex hoc casu bene faciet, si illum iterato citat, comminando, quod si non venerit, positiones pro confessis habebit.“ Allein Durantis traut dieser Ansicht selbst nicht — vgl. II. 2 de posit. §. 8 nr. 5, §. 10 nr. 3 —, und die Späteren geben dieselbe wegen c. 2 in VI. de conf. (2, 9) allgemein auf. Vgl. gl. Jussus] ad c. 2 in VI. cit., Jo. Andreae in add. Secus forte] ad Spec. II. 2 de posit. §. 9 nr. 3, Baldus in add. ad Spec. II. 2 de posit., Lanfr. de Oriano: Practica tit. de respons. in pr., Jo. Petr. de Ferrariis: Praxis aur. V. gl. 5.

102) Vgl. K. G. O. von 1495 tit. 18, von 1496 tit. 18, von 1500 tit. 40, von 1555 III. 42 §. 3, Conc. von 1613 III. 51 §. 2.

103) Außer den Citaten der Note 101 vgl. K. G. O. von 1555 III. 15 §. 7 und Conc. von 1613 III. 18 §. 3. In diesen Stellen wird bei den Worten „über das ihm solches mit Urtheil auferlegt“ vorausgesetzt, daß bereits eine Beantwortung der Positionen (oder Artikel) vorlag, daß gegen diese Antwort excipirt, und alsdann ad ulterius respondendum Bescheid ertheilt worden war. Vgl. Vis. Mem. dom. Jud. et Ass. a. 1578 §. 8, Conc. von 1613 III. 18 §. 5. Dieselbe Wirkung hatte es, wenn die angegriffene Partei um Frist zum Respondiren gebeten, und dieselbe durch richterlichen Bescheid erhalten hatte. Vgl. im Allgemeinen auch Gaill: Obs. I. 80.

Eventualprincips.[104] Nach diesem ist die angegriffene Partei angewiesen, mit den Responsionen die concurrirenden Gegenangriffe derselben Stufe, also z. B. mit der Beantwortung der Klagthatsachen die Einreden, mit der Beantwortung der Einreden die Repliken zu verbinden, und wenn sie daher den für eine solche Doppelhandlung angesetzten Termin versäumt, so nöthigt sie zwar den Gegner zum Beweise, wird aber zugleich mit ihren Gegenangriffen präcludirt. Anders bestimmen sich die Folgen der Termins- und Fristversäumniß, wo die Erklärung auf einen deferirten Eid in Frage steht. Hier wird der Delat nicht bloß mit der Relation des Eides und der Gewissensvertretung ausgeschlossen, sondern auch als der zu beweisenden Thatsache geständig angesehen. Zwar fehlt es für diesen Rechtsnachtheil an einer gesetzlichen Anerkennung; indeß bietet doch das R. R. insofern eine Analogie dar, als es ein Eingeständniß im Falle der Eidesweigerung annimmt.[105] Eben dieser Fall ist denn auch der einzige, in welchem das R. R. überhaupt

die Verweigerung nothwendiger Handlungen berührt. Für den gewöhnlicheren Fall, daß die Beantwortung behaupteter Thatsachen verweigert wird, hat unter dem Vorgange der Glosse erst die italienische Doctrin Rath geschafft. Man wies nämlich die Parteien an, das ihnen zu Gebot stehende factische Material in einzelne Fragesätze (interrogationes) aufzulösen, die man als eine Nachbildung der römischen interrogationes in jure betrachtete. Es sollte dadurch die angegriffene Partei zunächst nur zu einer bestimmten und unbedingten Antwort verpflichtet werden.[106] Man sah sich dann aber auch nach einem dieser neuen Grundlage entsprechenden Contumacialnachtheil um, weil der vom R. R. für die interrogationes in jure proponirte sich über seine ursprünglichen Voraussetzungen hinaus nicht ausdehnen ließ, und fand die Handhabe dazu in dem allgemeinen Calumnieneide. Da dieser die Parteien verpflichtete, wider besseres Wissen keinen Beweis von einander zu fordern, so glaubte man folgern zu dürfen, daß die ihre Antwort verweigernde oder unbestimmt antwortende Partei als geständig gelten müsse (poena confessi).[107] Daß später an die Stelle der

104) S. Note 90.

105) Vgl. l. 34 §. 9, l. 38 D. de jurejur. (12, 2).

106) Vgl. hierüber, und über den Zusammenhang dieser Interrogationen mit dem altdeutschen Proceß Zimmermann: Der Glaubenseid §. 25, 26.

107) Dieser Zusammenhang tritt deutlich in der gl. Damni] ad l. 1 pr. D.

Fragesätze einfache, genau abgegrenzte Behauptungen traten, welche positiones, in Deutschland gewöhnlicher articuli genannt wurden, war practisch von keinem Belang.[108] In Beziehung auf sie aber wurde der in der Praxis ausgebildete Rechtsnachtheil von dem C. R.[109] und von den Reichsgesetzen[110] mit dem Zusatz bestätigt, daß die Entfernung aus dem Termin, so wie das Ausbleiben in dem nächsten zur Beantwortung der Positionen speciell anberaumten Termin (nicht aber das „contumaciter absentari — antequam respondere sic jussus fuerit") der einfachen Verweigerung der Antwort gleichzuachten sei. Namentlich soll noch nach dem J. R. A. §. 49, wenn die Nothdurft und der Sachen Eigenschaft des Gegentheils klare Antwort zu haben erfordert, einer jeden Partei, dem Verklagten sowohl als dem Kläger bevorstehen, „etliche kurze Probatorial-Artikul — aus der Substanz des Klaglibells oder resp. der Exceptionsschrift zu ziehen, — auch des Gegentheils Antwort darauf zu begehren, — und — wenn nicht singulis singulariter — pure et simpliciter lauter und richtig geantwortet wird, alsdann der oder diejenige Artikul für gerichtlich gestanden, auch die responsiones pro puris angenommen und der ander Theil zu keinem ferneren Beweis gehalten sein."[111] Von dem Einfluß des generellen Calumnieneides, welchen der J. R. A. §. 43 bekanntlich ins Ermessen des Richters stellte, ist hier nicht mehr die Rede, andererseits aber auch die Artikelsform zum Behuf der Fragestellung in

---

de interrog. in jure hervor, welche auf nov. 49 c. 3 Bezug nimmt (vgl. §. 30 Note 24). Die Annahme des Geständnisses im Falle der verweigerten Antwort rechtfertigte sich nach jener Auffassung aus der Analogie der l. 2 §. 6, 7 C. de jurejur. pr. cal. dando (2, 59). Vgl. gl. Existimat ad auth. Ut litigantes jurent C. eod. Uebrigens waren vor der in Note 109 citirten Decretale nicht alle Juristen für die Annahme eines Geständnisses; manche wollten einen Zwang durch Geldstrafen eintreten lassen. Vgl. überhaupt Pillius: De ord. jud. II. §. 11, Tancredus: Ordo jud. III. 3 §. 4, Gratia: De jud. ord. II. 3 §. 6 [— „usus causarum ad hoc communis est, quod si quis non respondeat positioni, pro convicto habeatur quantum ad illam positionem"], Durant. II. 2 de posit. §. 9 nr. 3. Vgl. nun auch Zimmermann a. a. O. §. 25 Note 16—21, §. 26 Note 5.

108) Durant. II. 2 de posit. §. 3: „Tertio dicamus, in quo positiones differant ab interrogationibus — —. Et quidem differunt non essentia, sed forma. Nam quod hic simpliciter et assertive, ibi ponitur interrogative. nr. 1. Et nota, quod judex, qui de causa cognoscit, debet interrogare, — sed — ponit pars." Vgl. auch Zimmermann a. a. O. §. 25 Note 4, und über die Bedeutung von positiones und articuli das, was unten in §. 70 Note 22 vorgetragen wird.

109) C. 2 in VI. de confessis (2, 9).

110) S. Note 103.

111) Vgl. auch J. R. A. §. 34, 41.

unserer Praxis nicht festgehalten worden. Da jedoch an den Artikeln die Form das Unwesentliche war, ihre hauptsächliche Bedeutung vielmehr in der klaren und jedes Beiwerks entkleideten einfachen Behauptung der relevanten Thatsachen bestand, welche es dem Gegner möglich machte, eben so klar und bestimmt zu antworten, so unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß der Kern jener Bestimmung des J. R. A. noch heut zu Tage practisch ist. Wenn daher der angegriffene Theil auf die Behauptungen des Gegners gar nicht, oder unvollständig oder unbestimmt geantwortet hat, so trifft ihn zwar die poena praeclusi nicht, er kann aber unter dem Rechtsnachtheil des Eingeständnisses zu einer zweiten Erklärung aufgefordert werden. Der hierauf gerichtete Antrag muß die in Betracht kommenden Thatsachen in derjenigen Einfachheit und Nacktheit nebeneinander stellen, in welcher sie im Fall des Leugnens den Gegenstand des Beweises bilden, und in Verbindung damit um jene verschärfte Auflage bitten. Die dann gar nicht oder unbestimmt beantworteten Thatsachen gelten als wahr. Wann eine Antwort unbestimmt sei, läßt sich im Allgemeinen nicht definiren. Sind aber nur einfache Thatsachen zur Frage gestellt, so wird man nach Anleitung des J. R. A. vom Befragten über facta propria ein einfaches Nein, über facta aliena eine auf den Glauben gestellte Verneinung („Glaub wahr oder nicht wahr sein") „ohne Allem Anhang, er habe Namen, wie er wolle," fordern können.

Uebrigens haben die meisten Particularrechte, um den prompten und energischen Fortgang des Verfahrens zu fördern, sowohl an die Versäumung, als an die Verweigerung der Antwort die poena confessi geknüpft, und die wichtigste Folge davon ist die, daß, wenn die Klage begründet ist, in Folge der versäumten oder verweigerten Einlassung auf dieselbe die Klagthatsachen als eingestanden, die Einreden als ausgeschlossen gelten, und der Verklagte, wie es vor der L. C. der sächsische Proceß von jeher gehalten hatte,[112] sofort verurtheilt wird.

So viel über die Contumacialnachtheile des gemeinen Rechts.

---

112) Vgl. sächs. Ldr. II. 9 §. 1, II. 45, III. 39 §. 3, Richtst. Ldr. c. 23 §. 3, und sodann Biener: Syst. proc. jud. I. §. 95—97, Osterloh: Der ordentl. bürg. Pr. nach sächs. R. II. S. 69. S. aber auch das schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 88, und für die thüringischen Lande Heimbach: Lehrb. des sächs. bürg. Pr. I. S. 253, für Braunschweig-Lüneburg Pufendorf: Introd. in proc. civ. II. c. 3 §. 16, für Württemberg Berner: Verf. in bürg. Streitsachen vor den württ. Gerichten (ed. Schäfer) S. 374. In den neueren Proceß-Ordnungen Deutschlands besteht über diesen Punct völlige Einstimmigkeit.

Sie sind, wie gezeigt, von mannichfaltiger Art und Voraussetzung. Einigen Einfluß übt noch immer die Stellung, welche die L. C. als Grundlage des Verfahrens einnimmt (absolutio ab instantia, Fiction der L. C.), vielfach greift der Unterschied von mündlichem (terminlichem) und schriftlichem Verfahren (in Fristen) ein, und von durchgehender Bedeutung ist der Gegensatz der Versäumniß und Weigerung. Gemeinsam haben die verschiedenen Strafen des Ungehorsams eigentlich nur dies, daß ihre Rechtsbeständigkeit bedingt ist durch die allgemeinen Voraussetzungen eines jeden Verfahrens,[113] und daß sie, zu Recht bestehend, auf dem Wege der Restitution wieder rückgängig gemacht werden können. Da insbesondere aber, wo sie auf eine Versäumniß gegründet sein sollen, muß die Verpflichtung des Abwesenden zu der von ihm geforderten Thätigkeit (bestehe diese in einer terminlichen Handlung oder in der innerhalb einer bestimmten Frist zu vollziehenden Uebergabe einer Proceßschrift) unbestreitbar, vor Allem also die Mittheilung der richterlichen Auflage durch Publication, Insinuation oder öffentliche Bekanntmachung ordnungsmäßig geschehen sein.[114] Fehlt es an dieser oder einer anderen wesentlichen Voraussetzung (z. B. der accusatio contumaciae), so ist die declaratio contumaciae und das folgende darauf gegründete Urtheil nichtig, und mittelst der einem römischen praejudicium vergleichbaren Richtigkeitsquerel zu beseitigen.[115] Derselbe Erfolg aber tritt ein, wenn die Auflage des Richters, obschon gehörig mitgetheilt, durch ein späteres Ereigniß entkräftet worden ist. Diese auflösende Wirkung haben abgesehen von Fristerstreckung und Vergleich[116] gewisse rein zufällige Ereignisse, unter denen der Tod des Geladenen am wichtigsten und auf mündliches wie schriftliches Verfahren gleich anwendbar ist („morte rei peremtorium solvitur").[117] Die übrigen finden nicht bloß ihrer ursprünglichen Bestimmung, sondern auch ihrem Wesen nach nur im mündlichen Verfahren Geltung; sie sind überraschende Vor-

113) L. 53 §. 3 D. de re jud. (42, 1).

114) L. 53 §. 1 D. eod. vgl. mit l. 1 §. 3 D. quae sent. sine app. (49, 8), l. 23 §. 3 D. de appell. (49, 1), l. 7 C. quomodo et quando (7, 43). Vgl. auch l. 1 §. 1 D. de feriis (2, 12), l. 4 C. quom. et quando (7, 43), — l. 54 pr. D. de re jud. (42, 1).

115) L. 75 D. de jud. (5, 1), l. 3 C. quomodo et quando (7, 43) vgl. mit den Stellen der Note 40, und §. 60 Note 16—30.

116) Arg. l. 2 pr. D. si quis caut. (2, 11) und dazu Glück: Commentar III. S. 523 Note 12.

117) L. 59 §. 3 D. de re jud. (42, 1).

gänge, welche gerade das an den Tag gebundene Erscheinen vor Gericht verhindern, und zu dem weiteren Spielraum nicht passen, welchen die für die Ueberreichung von Schriften berechneten Fristen gewähren. Als Beispiel dienen plötzliche Krankheit, Berufung zu Staatsgeschäften, Ladung vor ein höheres Gericht, Unwetter und Wasserflut, Arrest, feindliche Gefangenschaft, Familientrauer [118] (s. g. ehehafte d. i. gesetzliche Hinderungen, oder kurzweg Ehehaften [119]). Solche Umstände vermögen im schriftlichen Verfahren die Fristerstreckung, und nach Lage der Sache vielleicht selbst die restitutio in integrum zu rechtfertigen, beides aber ist von der im mündlichen Verfahren von selbst eintretenden Entkräftung der Citation eben so wesentlich verschieden, wie das Restitutionsgesuch von der Richtigkeitsquerel, obschon diese Rechtsmittel practisch genommen im letzten Resultat eine gewisse Aehnlichkeit haben.

Die Executionsmittel.*

§. 50.

Die Mittel, deren sich der Richter bedient, um die aus der Verurtheilung entspringende Verbindlichkeit des Verklagten zu realisiren, sind verschieden je nach der Leistung, auf welche das Urtheil gerichtet ist; so daß, wenn ein Urtheil verschiedenartige Leistungen zusammenfaßt, z. B. die Restitution des Streitobjects und die Erstattung von fructus percipiendi oder Proceßkosten, regelmäßig auch verschiedene Zwangsmittel zur Anwendung kommen. Ueber die Beschaffenheit dieses Zwanges läßt sich im Allge-

118) L. 2 §. 3 D. si quis caut. (2, 11), l. 75 D. de jud. (5, 1), l. 53 §. 2, l. 60 D. de re jud. (42, 1), l. 10 C. quomodo et quando (7, 43), c. 2 X. de proc. (1, 38), c. 18 X. de sent. et re jud. (2, 27), c. 7 §. 1 in VI. de sent. exc. (5, 11). Außerdem können, wie l. 2 §. 3 D. cit. selbst andeutet, die Entscheidungen der l. 2 §. 2—9, l. 4 D. si quis caut. (2, 11) analog benutzt werden.

119) Ueber diesen Ausdruck vgl. Glück: Commentar III. S. 525 Note 14, Grimm: Deutsche R. A. S. 847 fg.

*) Tit. Dig. 42, 1 de re judicata. C. Theod. 8, 8 de executoribus et exactionibus. 9, 11 de privati carceris custodia. Cod. 7, 23 si in causa judicati pignus captum sit. 7, 53 de exec. rei jud. 8, 22 de praetorio pignore. 9, 5 de privatis carceribus inhibendis. — Asinius: Tr. de executionibus, Venet. 1589 (auch in Rutg. Rulant: Thes. juris executivi variorum auctorum, Francof. 1606, 1624 fol.) Tabor: De exec. rei judicatae, Argent. 1661. Wincop: Disp. de exec. rei jud. in causis civil., Erf. 1704. Mittermaier: Der gem. deutsche C. Pr. III. §. 6. Wächter: Erörterungen II. S. 14—33. Ueber das R. R. vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. I. §. 52, 53, II. §. 112—115, III. §. 158, — und über das ältere deutsche Recht Denselben: Der germ. rom. C. Pr. I. §. 50 Note 65, §. 63 Note 117—120, §. 73 Note 93—95, §. 90, Meibom: Das deutsche Pfandrecht §. 2.

meinen nichts Anderes sagen, als daß er bald nur gegen den Willen des Verklagten gerichtet wird und denselben zur Erfüllung des Judicats geneigt machen soll — indirecter Zwang —, bald das Vermögen unmittelbar ergreift — directer Zwang —. Dagegen sind mit Rücksicht auf ihre Geltendmachung folgende Leistungen als Gegenstand der Verurtheilung zu unterscheiden: 1. die Geldleistung als die häufigste und wichtigste von allen, in die sich auf dem Wege der Liquidation auch jeder Schadensersatz umwandelt, 2. das exhibere, restituere, tradere und dare, das letztere mit Einschluß der Bestellung eines jus in re, und soweit es nicht auf Geld gerichtet ist, 3. die Leistung einer Caution (cautio cautionalis), und endlich 4. jedes andere facere.

I. Geldleistungen können durch den einem jeden Vermögensobject inwohnenden Tauschwerth gedeckt werden, und es kommt daher, wo solche in Frage stehen, nur darauf an, den erforderlichen Geldwerth durch directen oder indirecten Zwang aus des Verklagten Vermögen herauszuziehen. Das regelmäßige Mittel, durch welches dies bewirkt wird, ist die pignoris capio. Daneben findet die Einweisung in den gesammten Besitz, die missio in bona, deren man sich bis zum J. R. A. vorzugsweise bediente, um den Verklagten zur Einlassung zu nöthigen,[1] bloß noch im Concursproceß Statt.[2] Die Schuldhaft, welche nach altrömischem sowohl, als nach altdeutschem Recht eine sehr ausgedehnte Bedeutung hatte, hat ihre Anwendbarkeit zur Vollstreckung von Geldleistungen durch die neuere deutsche Reichsgesetzgebung eingebüßt.[2a] Und alle sonst wohl für die Vollstreckung von Geldschulden erwähnten Mittel können überhaupt auf gemeinrechtliche Geltung keinen Anspruch machen.

1. Die pignoris capio, Pfändung, welche in alter Zeit als legis actio wegen gewisser dem öffentlichen Recht angehörigen

---

1) Das Nähere darüber s. in §. 49 Note 43—47.

2) Nach dem früheren Recht war die missio in bona ein gemeingültiges Executionsmittel, wie Gai. III. 78 beweist. Der dabei obwaltende Gesichtspunct ergibt sich aus l. 63 D. de jud. (5, 1) [„Nec ille videtur defendi, qui quod judicatum est, non solvit"] vgl. mit l. 5 C. de revoc. his quae (7, 75) [— „qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis nec fecit, nec defenditur, bonis possessis itemque distractis" —].

2a) Das Gesetz vom 29. Mai 1868 (betr. die Aufhebung der Schuldhaft), welches durch das Gesetz vom 16. April 1871 (betr. die Verfassung des deutschen Reichs) §. 2 zum Reichsgesetz erklärt worden ist, bestimmt in §. 1: „Der Personalarrest ist als Executivmittel in bürgerlichen Rechtssachen in so weit nicht mehr statthaft, als dadurch die Zahlung einer Geldsumme oder die Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere erzwungen werden soll."

Ansprüche vom Gläubiger,[3] und als Zwangsmittel gegen Ungehorsame von den Magistraten angewandt werden konnte,[4] ist erst durch kaiserliche Constitutionen (von Antoninus Pius, Septimius Severus, Caracalla) zum allgemeinen richterlichen Executionsmittel für Geldzahlungen erhoben worden.[5] In dieser Anwendung besteht sie darin, daß der Richter vermöge des ihm zustehenden Zwangsrechts so viel Vermögensstücke des Verklagten dem Pfandrecht unterwirft, als erforderlich sind, um durch ihren Werth die Judicatsschuld zu decken („pro modo debiti declarati").[6] Sie wird zunächst[7] an baarem Geld und sonstigen Mobilien vollzogen, jedoch unter Zurückstellung derer, welche (wie Zugvieh, Handwerkszeug und dergl.) dem Verklagten zum Erwerbe des nothwendigen Lebensunterhalts unentbehrlich sind;[8] nach Erschöpfung der Mobilien an den Immobilien, natürlich nur den veräußerlichen, also nicht an Lehn- und Fideicommißgütern, welche für die Schulden des Besitzers zwar mit ihrem Ertrag, nicht aber mit der Substanz einstehen;[9] zuletzt an den Forderungen,[10] zu denen auch feste Gehaltsbezüge gehören,[11] so weit sie nicht dem beneficium competentiae unterliegen.[12] Ist

3) Gai. IV. §. 27—29, 32.

4) Vgl. Bruns in der Zeitschr. für R. G. III. S. 351, Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. I. §. 30 Note 29, II. §. 115 Note 1, und besonders Mommsen: Das röm. Staatsrecht I. S. 129, Huschke: Die Multa S. 386, 387. Von dieser Anwendung der pignoris capio ist schon in §. 48 Note 11 die Rede gewesen.

5) L. 15 pr. §. 1, 2, l. 31 D. de re jud. (42, 1), l. 1, 2, 3, 9 C. de exs. rei jud. (7, 53), l. 2 C. qui pot. (8, 18), l. 1, 2 C. si in causa jud. (8, 23), l. 1, 2 C. quando fiscus (4, 15).

6) L. 6 §. 4 C. de his, qui ad eccl. (1, 12), nov. 53 c. 4 §. 1 und zur Erklärung dieser Stellen §. 49 Note 25, 44.

7) Die Rangordnung der Pfändungsobjecte ergibt sich aus l. 15 §. 2, 8 D. de re jud. (42, 1).

8) Die l. 7, 8 C. quae res pign. (8, 17) erwähnen nur das zum Ackerbau Erforderliche (die analoge Anwendung auf Handwerksgeräth ist unbedenklich); jedoch handelt es sich hierbei nur um die Zurückstellung (wie das Erk. des O. A. G. zu Berlin bei Seuffert: Archiv XXVI. 285 selbst rücksichtlich des Handwerksgeräthes annimmt), da, wenn die Grundstücke selbst angegriffen und verkauft sind, das instrumentum aratorium seinen besonderen Werth verliert. Dagegen ist nach Analogie der l. 6 [vgl. auch l. 7, 8] D. de pign. (20, 1) anzunehmen, daß die nothdürftigsten Kleider und Hausgeräthe der Pfändung ganz entzogen sind.

9) Vgl. Eichhorn: Einleitung §. 230.

10) Die Pfändung der nomina wird ausdrücklich für statthaft erklärt durch l. 5 C. de exs. rei jud. (7, 53). Vgl. auch die Stellen der Note 7 und l. 2—4 C. quando fiscus (4, 15).

11) Die l. 4 C. de exs. rei jud. (7, 53) spricht sich gegen die Pfändung der stipendia („stipendia retineri") nicht schlechthin aus, sondern nur für den Fall, daß der Richter „rem judicatam possit aliis rationibus exequi."

12) Das hier gemeinte Beneficium ist particularrechtlich, und sichert den

der Verklagte minderjährig, so hält man es nach Analogie einer den Vormündern gegebenen Vorschrift für angemessener, daß die Immobilien nach den Forderungen an die Reihe kommen.[13]

Das nun, was juristisch das Pfandrecht[13a] begründet, ist der richterliche Pfändungsbefehl,[14] jedoch beginnt das Pfandrecht erst mit dessen Vollziehung,[15] und diese ist nach den Objecten verschieden. Mobilien werden vom Gerichtsdiener in gerichtlichen Gewahrsam gebracht;[16] an Immobilien, auch an den der Früchte wegen zu pfändenden Lehn- und Fideicommißgütern, wird dem Kläger der Besitz eingeräumt,[17] und um Forderungen dem Pfandnexus zu unterwerfen, untersagt das Gericht dem Schuldner

öffentlichen Beamten eine bestimmte Quote ihres Gehalts. Es lehnt sich an die früherhin ganz constante Behauptung der Canonisten an, daß nach c. 3 X. de solut. (3, 23) den Clerikern das zum Lebensunterhalt Erforderliche von ihren kirchlichen Einkünften belassen werden müsse. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aber nicht bloß aus c. 3 X. cit. selbst, sondern auch aus c. 2 X. de fidejuss. (3, 22). Vgl. J. H. Boehmer: J. E. P. III. 23 §. 20 sequ., Richter: Lehrbuch des K. R., 7. Aufl. bearb. v. Dove, Leipz. 1874, §. 117 Note 18.

13) L. 5 §. 9 D. de rebus eorum, qui sub tut. (27, 9).

13a) Auf die eigenthümliche Natur dieses Pfandrechts, welches, wie sich aus dem Folgenden ergibt, nicht eigentlich als dem Kläger zustehend betrachtet werden kann, machen aufmerksam Dernburg: Das Pfandrecht I. §. 53, Windscheid: Lehrbuch I. §. 233 Note 5. Ueber die Particularrechte vgl. Meibom im Archiv für civ. Pr. LII. S. 296 fg., Olshausen: Die Einsprüche Dritter im Executionsverfahren, Berlin 1874, S. 17 fg.

14) L. 1 C. si in causa jud. (8, 23): „Res ob causam judicati datas ejus jussu, cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri ac distrahi posse: saepe rescriptum est. Nam in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis." Vgl. auch l. 10 D. qui pot. (20, 4), l. 74 §. 1 D. de evict. (21, 2), l. 3 §. 1 D. de reb. eorum (27, 9), l. 2 („ejus qui ita decrevit"), l. 3 C. si in causa jud. (8, 23), l. 6 §. 4 C. de his, qui ad eccl. (1, 12) [— „sententia judicantis perquisitae"].

15) L. 26 §. 1 D. de pign. act. (13, 7): „Sciendum tamen, ubi jussu Magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem."

16) Dies beweist schon der Ausdruck „pignus capere," ferner l. 6 §. 4 C. de his, qui ad eccl. (1, 12) [„Quodsi res mobiles habet, — executoris sollicitudine perquisitae, quocunque loco occultentur, erutae, pro aequitatis tramite modoque debiti publicis rationibus privatisque proficiant" —], l. 7 („Executores — servos aratorios pignoris causa de possessionibus non abstrahant"), l. 8 C. quae res pign. (8, 17).

17) L. 2 C. qui pot. (8, 18) [„— prius — quam adversarius vester in causam judicati ejusdem fundi pignus occupavit"]. Ueber die dabei in Deutschland gebräuchlichen symbolischen Handlungen (Abhauen eines Spans, Ausstechen eines Stück Rasens u. s. w.) vgl. Philippi: De subhastationibus II. 11 nr. 21, Brunnemann: Proc. civ. c. 29 nr. 3, Pufendorf: Introd. in proc. civ. V. 2 §. 5, Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 32 §. 13, Kopp: Nachrichten I. §. 418 fg. Ueber die particularrechtlich an Stelle der Einweisung getretene richterliche Hypothek vgl. u. A. Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts I. 2 S. 709.

bei Strafe des Wiederersatzes, an den Verklagten Zahlung zu leisten.[18] Auf den Inhaber lautende Papiere sind wie bewegliche Sachen zu behandeln, und auch die Pfändung von Wechselforderungen verlangt die Beschlagnahme des Wechsels, ohne welchen ihre Realisirung nicht möglich ist.[19] Wegen der einem fremden Gerichtszwang unterworfenen Pfändungsobjecte muß das competente Gericht requirirt werden. Sollte der Verklagte der Verheimlichung pfändbarer Objecte verdächtig sein,[19a] so hat er den Manifestationseid zu leisten,[20] und im Falle der Weigerung disciplinarischen Zwang in Form von Gefängniß zu gewärtigen.[21]

Ueberall aber entsprechen nur solche Objecte dem Zwecke der Pfändung, welche zum Vermögen des Verklagten gehören. Forderungen sollen daher nicht anders gepfändet werden, als wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit anerkennt,[22] und werden gepfändete Sachen auf Grund dinglicher Rechte von Dritten zurückgefordert, so hat der Richter diese Ansprüche summarisch zu prüfen, und nach dem Befunde, übrigens ohne Präjudiz für den Unterliegenden, entweder die Pfändung zu bestätigen, oder dieselbe aufzugeben.[23] Dies gilt zunächst auch von Pfandrechten. Wenn jedoch andere unbestrittene Sachen nicht vorhanden sind, und zu erwarten steht, daß der Verkauf des Pfandobjects einen Erlös herausstellen werde, welcher die Forderungen der Intervenienten

---

18) Nach Analogie der denunciatio bei der conventionellen Verpfändung eines nomen.

19) Vgl. Biener: Syst. proc. jud. II. §. 218.

19a) S. die Decrete des O. A. G. zu Cassel bei Seuffert: Archiv VIII. 342 und bei Strippelmann: Die nothwendigen Eide S. 384.

20) Arg. l. 6 §. 4 C. de his, qui ad eccl. (1, 12): — „ut si sola suspicione apud aliquem asserantur absconditae, de sua etiam conscientia satisfacere auctoritate venerabilis antistitis jubeatur.“ In dieser Stelle ist nicht der Schuldner selbst der Schwörende, sondern ein Dritter, bei welchem vom Schuldner Sachen verborgen sein sollen. Vgl. §. 28 Note 16, und über die unglossirte nov. 135 Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 86 a. E., Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. §. 159 Note 42. Indeß ist der Manifestationseid für den Fall der bonorum cessio schon von Azo aus der l. 6 §. 4 C. cit. abgeleitet (vgl. oben §. 28 Note 19a), dann von den Italienern des 13. Jahrh. auf die Execution überhaupt angewandt (vgl. Wach in der Zeitsch. f. R. G. VII. S. 456 fg.) und durch die deutsche Praxis in dieser Verallgemeinerung durchgängig recipirt werden. Vgl. die Citate bei Heffter: System §. 517 Note 67, und außerdem Rivinus: Enunc. juris XXXIX. 7, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 1172, Claproth: Einleitung II. §. 403, Biener l. c. (Note 19) II. §. 216 not. 8, Martin: Lehrb. §. 270 Note i.

21) S. §. 28 N. 36a.

22) L. 15 §. 9 D. de re jud. (42, 1).

23) L. 15 §. 4 D. eod. Vgl. Savigny: System VI. S. 439, Dernburg: Das Pfandrecht II. S. 251.

übersteigt, so wird die Pfändung als unnachtheilig für die älteren Pfandrechte nicht aufgehoben.[24] Diejenigen Pfandgläubiger aber, welche von der Pfändung und dem bevorstehenden Verkauf Kenntniß erhalten und schweigen, gelten als verzichtend.[25] Und hiervon ausgehend hat sich unter dem Einfluß germanischer Rechtsideen die Praxis gebildet, daß in Folge der Pfändung von Grundstücken Proclamata erlassen werden, durch welche an die Pfandgläubiger die Aufforderung ergeht, ihre Pfandrechte anzumelden, widrigenfalls ohne Rücksicht auf dieselben mit dem Verkaufe solle vorgegangen werden. Der Verkauf vernichtet jedoch nur die am Pfandobject haftenden Pfandrechte, auch die besseren,[26] entzieht aber den Pfandgläubigern die Befugniß nicht, nach Maaßgabe der alten Priorität noch aus dem Erlöse ihre Befriedigung zu fordern, so daß die definitive Präclusion erst mit der völligen anderweitigen Verwendung der Kaufgelder eintritt.[27]

Damit ist nun schon gesagt, daß das durch die Pfändung constituirte Pfandrecht das Recht des Verkaufes in sich schließt.[28] Nur wenn baares Geld gepfändet worden ist, dient dieses unmittelbar zur Befriedigung des Klägers.[29] Den Verkauf[30] aber nimmt

---

24) L. 15 §. 5 D. eod.

25) L. 6, 8 C. de remiss. pig. (8, 26).

26) Die Belege s. in §. 13 Note 17, 20.

27) Anders im Concurse, in welchem das Interesse der chirographarischen Gläubiger verlangt, daß die Präclusion an die Versäumung des Professionstermins geknüpft werde. Daß in vorliegendem Verfahren den Pfandgläubigern die Anmeldung und Begründung ihrer Pfandrechte noch nach dem Verkauf gestattet werde, rechtfertigt sich daraus, daß der angedrohte Rechtsnachtheil nicht weiter als nöthig auszudehnen ist.

28) Nach dem alten Rechte verhielt sich dies anders. Die legis a. per pignoris capionem gab dem Gläubiger nach Gai. IV. §. 32 kein Verkaufsrecht, sondern verpflichtete ihn, das Pfand zur Auslösung aufzubewahren; und das von einem Magistrate dem Ungehorsamen abgenommene Pfand konnte ursprünglich — über das spätere Recht vgl. l. 29 §. 7 D. ad leg. Aquil. (9, 2) — sogar vernichtet werden (pignus caedere). Vgl. Th. Mommsen: Das röm. Staatsrecht I. S. 129, Huschke: Die Multa S. 387 Note 89, 90. Seit aber die Pfändung das gewöhnliche Executionsmittel geworden, enthielt sie selbstverständlich auch das Verkaufsrecht. Vgl. l. 9 pr. D. de minor. (4, 4), l. 50, 74 §. 1 de evict. (21, 2), l. 5 §. 10 D. de agn. et al. lib. (25, 3), l. 15 §. 2, l. 31, 58 D. de re jud. (42, 1), tit. C. si in causa jud. (8, 23), in welchen Stellen, wie in vielen anderen, capi atque distrahi neben einander genannt wird.

29) L. 15 §. 11 D. de re jud. (42, 1).

30) Vom Pfandverkauf (Subhastation) im Allgemeinen handeln Postius: De subhastatione, Genev. 1652, 1655, 1666, 1671, Colon. 1733, Huck: Diss. de subhastationibus, Marb. 1663, Philippi: Tr. de subhastationibus, Lips. 1668, 1688, Rechenberg: Spec. jurispr. consult. de subhastationibus, Lips. 1727, Heinemann: Die Subhastation, Weim. 1832, Strippelmann: Das Subhastationsverfahren, Cassel 1852.

der Richter selbst vor, zwar auf Antrag des Klägers, jedoch nicht in seinem Auftrag,[31] und er schreitet dazu auf dem Wege der Licitation,[32] nachdem er zu Gunsten des Verklagten noch zwei Monate gewartet,[33] und durch Anschlag am Gerichtslocal oder durch die Zeitungen den Tag der Versteigerung, so wie die zu versteigernden Objecte öffentlich bekannt gemacht hat.[34] Im Verkaufstermin läßt er durch den Gerichtsdiener die Angebote der Kaufliebhaber entgegennehmen, und demjenigen, welcher nach Ablauf einer angemessenen Frist der Meistbietende bleibt, den Zuschlag ertheilen. Jedoch bestehen in dieser Beziehung für den Verkauf von Grundstücken vielfach auch wieder particularrechtliche Eigenthümlichkeiten. Sehr gewöhnlich ist es, daß vor dem Verkauf ein Taxatum aufgenommen wird, als Anhaltspunct für die Beurtheilung der Angemessenheit der erwarteten Angebote, und daß der Verkauf vom Richter selbst geleitet wird; mitunter sind mehrere Verkaufstermine abzuhalten, und die Angebote schriftlich oder zu Protocoll abzugeben; hin und wieder ist die Zeit, bis zu welcher bessere Gebote abgewartet werden, nicht vom Ermessen des Richters, sondern vom Eintritt eines nach der Uhr oder anderen Umständen[35] bestimmten Zeitmoments abhängig u. s. w.[36] Ueberall aber enthält der Zuschlag (addictio) im Zusammenhang mit dem vorausgegangenen acceptirten Angebot den Abschluß eines Kaufvertrags,[37] und der

31) L. 2 C. si in causa jud. (8, 23): „Quum in causa judicati aliqua res pignori capitur, per officium ejus, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui judicatum fieri postulavit." Vgl. auch l. 1 C. eod., l. 10 D. qui potiores (20, 4), l. 50, 74 §. 1 D. de evict. (21, 2). Daher kann der Kläger selbst mit bieten — l. 2 C. cit. —, und hat, wenn ein Dritter kauft, gegen diesen die a. venditi nicht — l. 15 §. 7 D. de re jud. (42, 1) —. Eine vortreffliche Durchführung dieses Satzes findet sich bei Rob. Schneider: Vom Rechte auf den Erlös aus einem vom Pfandgläubiger oder vom Richter vorgenommenen Verkaufe des Pfandes, in der Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. für das Königr. Sachsen, N. F. XII. 5 und 7, S. 429 fg. Vgl. auch Dernburg a. a. O. II. S. 250, 259 fg. und die Entsch. der O.A.G. zu Dresden und München bei Seuffert: Archiv XXIII. 95, XXIV. 296.

32) L. 2 C. si in causa jud. (8, 23).

33) L. 31 D. de re jud. (42, 1).

34) In l. 6 C. de remiss. pign. (8, 26) wird die öffentliche Bekanntmachung „programma" genannt, welcher Ausdruck gleichbedeutend mit „proscriptio" ist, und somit die Ankündigung eines Verkaufs bezeichnet. Vgl. §. 13 Note 15.

35) Z. B. nach dem Herabfallen eines in eine brennende Kerze eingedrückten Geldstücks, was in anderer Anwendung schon in c. 52 X. de elect. (1, 6) vorkommt. Vgl. Philippi l. c. III. 13 nr. 24, Ludovici: Einleitung z. C. Pr. c. 35 §. 17, Seyfart a. a. O. (Note 17) c. 32 §. 17.

36) Die Belege ergeben sich aus den in Note 30 citirten Schriften.

37) L. 15 §. 6 („post addictum pignus"), §. 7 („emtor cui pignora sunt addicta") D. de re jud. (42, 1).

Käufer kann daher an sich schon die Tradition erst nach Zahlung der Kaufsumme fordern. Zur Vermeidung von Weitläufigkeiten aber, zumal da dem Kläger keine Klage gegen den Käufer zusteht, soll auch nicht früher tradirt, und wenn es dennoch geschehen, das Pfandobject im Falle verzögerter Zahlung, gleich als dauere der Pfandnexus fort, von Neuem ergriffen und veräußert werden.[38] Aus dem Erlös ist sodann nach Befriedigung der etwaigen Intervenienten die Judicatssumme zu zahlen,[39] und der verbleibende Rest an den Verklagten[40] oder nach immittelst ausgebrochenem Concurse an die Concursmasse zu restituiren.[41] Sollte zwar ein Gebot, aber kein angemessenes erfolgen, so hat der Kläger nur das Recht mit zu bieten;[42] in Ermangelung eines fremden Gebots aber darf er bitten, daß ihm das Pfandobject gegen den Betrag seiner Forderung zugeschlagen werde, und eine Nachforderung steht ihm dann nicht zu („qui velut pacto transegisse de credito videatur").[43] — Gepfändete Forderungen brauchen nicht nothwendig verkauft zu werden; treten der sofortigen gerichtlichen Einziehung keine Schwierigkeiten entgegen, so darf der Richter unbedenklich diesen Weg vorziehen,[44] welcher sich besonders für Gehaltsbezüge,

---

38) L. 15 §. 7 D. de re jud. (42, 1). Für die Eviction wird dem Käufer nicht eingestanden — l. 50 D. de evict. (21, 2), l. 15 §. 6 D. de re jud. (42, 1) —; sollte ihm die gekaufte Sache evincirt werden, so hat er eine Klage (eine utilis a. emti) gegen den Verklagten, der durch Zahlung des Preises befreit worden ist, auf Erstattung des Preises nebst den Zinsen, jedoch mit Abzug der von ihm gezogenen Früchte, so weit er diese nicht an den Evincenten hat restituiren müssen. Vgl. l. 74 §. 1 D. de evict. (21, 2), l. 13 C. eod. (8, 45), und dazu Bachofen: Das röm. Pfandrecht S. 584 fg., Schneider a. a. O. (Note 31) S. 424 Note 48, Dernburg a. a. O. II. S. 196 fg., 253, 268.

39) L. 15 §. 5, 10—12 D. de re jud. (42, 1).

40) L. 31 D. eod.

41) Nur den Ueberschuß, nicht etwa die ganze im gerichtlichen Depositum befindliche Kaufsumme, weil der Richter nicht als Mandatar des Verklagten den Verkauf vornimmt, sondern vermöge einer amtlichen Befugniß, und darum die Kaufsumme auch keinen Bestandtheil des Vermögens des Verklagten bildet. Vgl. Schneider a. a. O. S. 498 fg., Dernburg a. a. O. II. S. 268 fg., Entsch. der O. A. G. zu Dresden (1848) und zu Cassel (1864) bei Seuffert: Archiv II. 355, XVIII. 286.

42) L. 2 C. si in causa jud. (8, 23). Vgl. auch l. 16 D. de reb. auct. jud. (42, 5).

43) L. 15 §. 3, 6 D. de re jud. (42, 1), l. 3 C. si in causa jud. (8, 23). Die l. 3 C. de exsec. rei jud. (7, 53) gehört, wie Dernburg a. a. O. I. S. 421 nachweist, nicht hierher. Ueber die fortdauernde Geltung dieser Grundsätze Glück: Commentar XIX. S. 402, Sintenis: Handb. des gem. Pfandrechts S. 532 fg. Nur wird heut zu Tage das Pfandobject dem Kläger nicht mehr durch landesherrliches Rescript, sondern durch richterliche Verfügung addicirt. Vgl. Glück a. a. O. S. 408.

44) L. 15 §. 10 D. de re jud. (42, 1).

Pensionen, Leibrenten und andere derartige sichere Einnahmequellen empfiehlt. Eben diese in festen Zeiträumen wiederkehrenden Einkünfte aber gewähren dem Kläger möglicher Weise nur sehr allmählich Befriedigung, und dürfen deshalb nicht ohne seinen ausdrücklichen Antrag oder nur in Ermangelung anderer Zahlungsmittel angegriffen werden. Ganz ähnlich verhält es sich mit den Erträgen von Nutzungsrechten, von Lehn- und Fideicommißgütern, bei denen auch noch die Verwerthung ihre Schwierigkeiten hat. Zwar wäre ein Verkauf der zu erwartenden Nutzungen im Ganzen nicht unmöglich, indem der Käufer nach der wahrscheinlichen Dauer dieser Rechtsverhältnisse die Größe des Kaufschillings wohl berechnen könnte. Allein zu so gewagten Geschäften darf das Gericht die Hand nicht bieten, und es bleibt daher allein die allmähliche Verwerthung der Nutzungen übrig, welche der Richter in der Art bewerkstelligt, daß er eine Sequestration anordnet, d. h. entweder den Fruchtbezug meistbietend verpachtet, wobei dem Kläger wieder gestattet ist mitzubieten, oder gegen angemessene Vergütung einem Dritten die Verwaltung überträgt, damit derselbe unter der Pflicht der Rechnungsablage die gezogenen Früchte regelmäßig abliefere.[45]

2. Die Schuldhaft,[46] welche schon in der späteren Zeit der römischen Republik dem Gläubiger das Recht der Tödtung und des Verkaufs in die Fremde (trans Tiberim) nicht mehr verlieh (Note *), hat in der justinianeischen Compilation eine höchst fragmentarische Darstellung erhalten. Während ihre Statthaftigkeit wiederholt vorausgesetzt wird, ist von ihren Bedingungen und ihrer Beschaffenheit immer nur beiläufig die Rede. Nach einer ausdrücklichen Vorschrift aber soll sie (bei unverschuldetem[47] Vermögensverfalle) durch freiwillige Ueberlassung des Vermögens an

45) Vgl. Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 32 §. 21, Biener: Syst. proc. jud. II. §. 221, 222. Die ältere Litteratur findet sich bei Biener §. 221 not. 1.

46) Vgl. im Allg. Engau: De traditione debitoris ad manus creditoris, Jenae 1746, Teucher: Der Schuldthurmproceß im Königr. Sachsen, Leipz. 1822, Mittermaier im Arch. für civil. Pr. XIV. 4, 11.

47) Diese in l. 1 C. Th. qui bonis ced. poss. (4, 20) ausdrücklich hervorgehobene Voraussetzung wird in Justinian's Compilation nirgends erwähnt. Ihre fortdauernde Geltung ergibt sich aber aus der Fortdauer der Personalexecution, welche ohne dieselbe kaum denkbar wäre, und aus der allgemeinen Regel, daß Arglist und Fahrlässigkeit durch Beneficien nicht unterstützt werden sollen. Vgl. Bethmann-Hollweg: Handbuch I. S. 327, Puchta: Cursus der Inst. II. §. 179 Note ff. (der sich jedoch weniger bestimmt ausspricht). A. M. ist jetzt Bethmann-Hollweg: Der röm. Pr. II. §. 114 Note 122—124.

die Gläubiger abgewandt werden.[48] Und da in der Kaiserzeit das regelmäßige Executionsmittel für Geldschulden die pignoris capio ist,[49] so kann sie überdies selbst dem böswilligen und leichtfertigen Schuldner gegenüber erst nach erfolglosem Versuche der Pfändung, also bloß subsidiär in Anwendung kommen. Nur zur Beitreibung fiscalischer Forderungen darf sie von vorn herein benutzt werden,[50] und sie besteht in diesem Falle selbstverständlich in öffentlichem Gefängniß, wogegen die neuerdings wiederholt aufgestellte Behauptung, daß das justinianeische Recht ausschließlich die öffentliche, und nicht mehr wie früher bei Forderungen von Privatleuten die Privathaft zulasse,[51] nicht bloß unerweislich, sondern sogar mit bestimmten Zeugnissen im Widerspruch ist.[52] Den Anlaß zu dieser Meinung hat das Verbot des eigenmächtigen Ergreifens[53] und Festhaltens der Schuldner und ihrer Kinder gegeben,[54] ein Verbot, das erst vom canonischen Recht mit immerhin zweideutigem Ausdruck zu der Regel erweitert worden ist, „ut homo liber pro debito non teneatur, etsi res defuerint, quae possint pro debito addici."[55] Der Kläger soll die Verhaftung nur auf Befehl des Richters (duci jubere) vornehmen,[56] auch nicht verhindern, daß dem Gefangenen Lager und Nahrung gebracht werde.[57] Daß er berechtigt sei, von dem Gefangenen Arbeit zu

---

48) L. 1, 8 C. qui bonis ced. poss. (7, 71).

49) L. 31 D. de re jud. (42, 1), l. 9 C. de exs. rei jud. (7, 53) [„Eos, quos debitores tuos esse contendis, apud Rectorem conveni provinciae, qui — —, quum latae sententiae pignoribus etiam captis ac distractis secundum ea, quae saepe constituta sunt, meruerint executionem, juris formam tibi custodiet"].

50) L. 2, 3 C. de exact. trib. (10, 19).

51) So Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. §. 159 Note 40 (im Handbuch I. S. 345 mit Beziehung auf die von Rudorff im Rh. Museum für Phil. II. S. 164 fg. gegebene Erklärung).

52) L. 23 pr. D. ex quib. caus. maj. (4, 6), l. 34 D. de re jud. (42, 1), l. 13 §. 2 D. de injur. (47, 10). Der Ausdruck „carcer" in l. 1 C. qui bonis ced. (7, 71) ist nicht entgegen (wie Heffter: System §. 512 Note 29 annimmt), da die Quellen auch von „privati carceris custodia," und „privatis carceribus" reden. Vgl. tit. C. Th. de priv. carc. cust. (9, 11), tit. C. de priv. carc. inhib. (9, 5), so wie Pauli R. S. V. 26 §. 2.

53) L. 1 C. Th. de priv. carc. cust. (9, 11), l. 1 C. de priv. carc. inhib. (9, 5). Unklar ist l. 23 (rest.) C. de episc. aud. (1, 4).

54) L. 12 C. de O. et A. (4, 10), nov. 134 c. 7.

55) C. 2 X. de pign. (3, 21).

56) L. 13 §. 2 D. de injur. (17, 10): „Si quis, quod decreto Praetoris non obtemperaverit, ductus sit, non est in ea causa, ut agat injuriarum, propter Praetoris praeceptum."

57) L. 34 D. de re jud. (42, 1).

verlangen, wird nirgends erwähnt, und somit ist die Schuldhaft nur ein indirectes Mittel, denselben zur Zahlung, sei es aus eigenen Mitteln oder mit Hülfe von Dritten, zu nöthigen. Sie stand gerade hierin gegen die germanische Rechtsanschauung, nach welcher der Schuldner, wie er vertragsmäßig seine Person der Pfändung unterwerfen konnte,[58] so auch ohne Vertrag ein Pfand- und Executionsobject bildete,[59] in feindlichem und zuletzt siegreichem Gegensatz.

So war es longobardisch-fränkischen Rechts, daß der Schuldner, wenn er insolvent war, dem Gläubiger als Schuldknecht übergeben wurde, damit er seine Schuld abverdiene.[60] Dieser Sitte trat dann das canonische Recht in der oben angeführten Vorschrift[61] und die Wissenschaft, gestützt auf die Quellen des R. R., entgegen. Daß dabei Schuldknechtschaft und Schuldhaft von einzelnen Schriftstellern gleichgestellt und mit jener zugleich die Zulässigkeit dieser in Zweifel gezogen wurde, kann nicht Wunder nehmen.[62] Von der großen Mehrzahl der italienischen Juristen aber wurde für den Fall der Insolvenz die Zulässigkeit der Schuldhaft angenommen.[63]

---

58) Form. Marc. II. 27, app. 16, Bign. 13. Vgl. auch die Nachweisungen bei Meibom a. a. O. (Note *) S. 33 fg.

59) L. Wisig. V. 6 §. 5, Burg. XIX, 7. Etwas ganz Gewöhnliches war es, daß der Verbrecher, welcher die Composition nicht zahlen konnte, dem Kläger als Sclav oder Pfand übergeben wurde. Vgl. die Belege bei Walter: Deutsche R. G. §. 703 Note 2, 3.

60) Ed. Luitpr. 152 und dazu Exp. §. 2. Vgl. Wach in der Zeitschr. für R. G. VII S. 447 fg., S. 449 Note 23, Val de Liévre: Launegild und Wadia, Innsbruck 1877, S. 231, 238 fg.

61) S. Note 55, und Hostiensis ad tit. X. de pign. nr. 6.

62) Vgl. Roffredus: Ordo iud. V. rubr. de off. iud. quo curator (Lugd. 1561) p. 383 n. 2 [„Olim enim nisi debitor cederet bonis detrudebatur in carcerem, sicut etiam hodie fit in Lombardia"]. Schon Azo in lect. ad l. 1 C. de priv. carc. inh. hebt hervor, daß die Lombarden durch den Privatcarcer gegen das Recht verstößen. Dieser ist es auch, welchen Odofredus ad l. 1 C. qui bon. ced. poss. für unerlaubt hält, während er als erlaubt die Schuldhaft im städtischen Gefängniß ansieht. Eben so wendet sich die Glosse — gl. in carcerem] ad l. 1 C. cit. — gegen die Schuldknechtschaft als solche und bemerkt dabei, daß der Bann an die Stelle der öffentlichen Schuldhaft des R. R. getreten sei. Vgl. auch gl. ad c. 2 X. de pign., Baldus ad l. 1 C. cit. nr. 6, 12., und dazu Wach a. a. O. VII. S. 450.

63) So z. B. Petrus Jacobi: Practica, rubr. de cess. bonor., Cynus ad l. 12 C. de O. et A., ad l. 1 C. qui bon. ced. poss., Bartolus ad l. 71 §. 2 D. de cond. et dem. nr. 3, in tract. de carceribus (Lugd. 1552) nr. 13, Petr. de Ferrariis: Prax. aur. LII. gl. 1 nr. 39, Paul. de Castro ad l. 15 D. sol. matr. nr. 5, Rob. Maranta: Aur. prax. VI. de citat. nr. 8. Biener: Abhandl. aus dem Gebiet der Rechtsgesch. H. 1 S. 148 irrt, wenn er alle die von ihm angeführten Schriftsteller für Gegner der Schuldhaft hält. Sie beschäftigen sich mit der Frage der vertragsmäßigen Unterwerfung unter die Personalexecution. Vgl. dazu auch Wach: Arrestproceß I. S. 62.

Freilich nur der öffentlichen, für deren practische Anwendung es als äußerer Vorbedingung der öffentlichen Schuldgefängnisse bedurfte. Für solche haben die Municipien seit dem 13. Jahrhundert Sorge getragen, und ihre Statuten machen daher auch von der Schuldhaft ausgiebigen Gebrauch.[64]

Aehnlich vollzog sich die Entwickelung in Deutschland, wo die Schuldknechtschaft zur Zeit der Rechtsbücher vollkommen entwickelt erscheint.[65] Der Verurtheilte sollte, wenn er weder zahlen, noch Bürgen stellen konnte, dem Kläger als Pfand („bei der Hand") überantwortet werden, damit dieser ihn fessele, oder in ein festes Gemach lege, oder mit Speise und Arbeit halte wie sein Gesinde; doch durfte ihn der Kläger auch freigeben gegen das eidliche Versprechen, daß er Alles an ihn abzahlen werde, was er über seine Nothdurft erübrige.[66] Als nun die fremden Rechte recipirt wurden, trat regelmäßig die Schuldknechtschaft gegen das öffentliche Gefängniß zurück.[67] Dagegen war man bestrebt, die persönliche Haftung des Schuldners gegen den nachtheiligen Einfluß der cessio bonorum zu schützen. Da dieser nach dem Wortlaut des R. R. die ausgedehnteste Anwendung gegeben werden konnte, so machte man sie particularrechtlich bald von außerordentlichen Unglücksfällen, bald von specieller landesherrlicher Concession, und

64) Vgl. Wach a. a. O. (Note 60) VII. S. 450 fg., und nach ihm Ficker: Forschungen III. S. 382 fg.

65) Sächs. Ldr. III. 39 §. 1, 2, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 252 §. 1, sächs. Weichb. c. 27, Kaiserrecht I. 25, verm. Sachsensp. (ed. Ortloff) III. 9 §. 3, altes Lüb. Recht (ed. Hach) lat. Codex art. 69, Cod. von 1294 Art. 200, 209, neuere Rec. (Cod. III.) I. 12, II. 364, Hamburger Stadtr. (ed. Lappenberg) von 1270 IX. 13, von 1292 M. 10, von 1497 L. 6, Goslar. Stat. (ed. Göschen) S. 70, rotulus jurium opp. Mittenberg c. a. 1290 (bei Bodmann: Rheingauische Alterthümer S. 644), Cassel. Stat. von 1384 (Samml. hess. L. O. I. S. 6). Vgl. dazu nunmehr die gründlichen Zusammenstellungen bei Löning: Der Vertragsbruch im deutschen Recht, Straßburg 1876, S. 193 fg.

66) So bes. das schwäb. Ldr. c. 252 §. 1 a. E. Vgl. auch Löning a. a. O. S. 198 fg., welcher S. 207 fg. nachweist, daß auch der Bann (die Stadtverweisung) in Deutschland seit dem Anfang des 14. Jahrh. bei fruchtloser Pfändung und nach vorgängiger kurzer Haft oder ohne diese Executionsmittel wurde.

67) Z. B. nach Hamburger Statuten von 1603 I. 41 §. 12, Nürnberger verneute Reform. von 1564 tit. 11 §. 8, nach const. elect. Saxon. II. 22, Württemb. Landr. I. 75 §. 9. Andere Beispiele finden sich bei Estor: Bürgerl. R. G. II. §. 3730, 3743, Pufendorf: Introd. in proc. civ. VI. 6 sect. 1 §. 9, Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 32 §. 25 Note a. Vgl. auch die Citate der folgenden Note. Die R. P. O. von 1577 tit. 23 §. 2 ist von der Schuldhaft nicht zu verstehen, und der J. R. A. §. 15 hat es mit öffentlichen Verpflichtungen zu thun.

mitunter sogar von der freiwilligen Annahme des Klägers abhängig. Auf solche Weise behauptete sich die Schuldhaft mit dem Character eines indirecten Zwangsmittels bis ins vorige Jahrhundert.[68] Seitdem aber verschwand sie als ordentliches Executionsmittel in den meisten Territorien,[69] und blieb nur für die nach den academischen Gesetzen klagbaren Schulden der Studirenden und die Wechselschulden,[70] d. i. für solche Fälle in allgemeinerer Geltung, in welchen sie von vorn herein und nicht bloß subsidiär beantragt werden konnte. Das Gesetz vom 29. März 1868 (oben Note 2[a]) hat sie auch für diese Fälle beseitigt.

Die späteren Schicksale der freiwilligen Schuldhaft, aus welcher im Mittelalter das auch vom C. R. zugelassene,[71] von den Reichsgesetzen aber Anfangs anerkannte,[72] später untersagte[73] Einlager, obstagium, hervorging, gehören nicht hierher.[74]

3. Mitunter wird als indirectes Zwangsmittel auch die Einlegung einer vom Schuldner bis zur Zahlung zu unterhaltenden Wache (Presser), insbesondere bei Eintreibung öffentlicher Abgaben benutzt, und manche Juristen sind geneigt, die Rechtfertigung dieses Verfahrens aus dem R. R. abzuleiten. Allein die dafür angezogene l. 1 C. de off. Praef. Aug. (1, 37)[75] sagt nichts weiter, als daß die inferenda per militare etiam auxilium sollten beigetrieben werden, ohne die Art der militärischen Beihülfe näher zu bestimmen. Dagegen hat dieser Executionsmodus ein Vorbild in den fränkischen Capitularien.[76]

---

68) Vgl. cod. jur. Bavar. jud. c. 18 §. 3, cod. Frideric. III. 41 §. 62, Stryk: U. M. XLII. 3 §. 7 fg. (wo sich sehr zahlreiche Nachweisungen finden).

69) S. die Nachrichten darüber bei Mittermaier a. a. O. (Note 46) XIV. S. 112 fg. In Lübeck bestand bis zum Gesetz vom 29. Mai 1868 das rev. Lüb. R. von 1586 I. 3 §. 1 in Kraft, welches dem Gläubiger die Befugniß einräumte, die Person des Schuldners zu eigen anzunehmen und als einen Schuldgefangenen zu halten.

70) Vgl. Biener a. a. O. (Note 60) S. 79, Thöl: Handelsrecht II. §. 149, 304.

71) C. 9 X. de jurejur. (2, 24).

72) Rudolfi I. sententia a. 1277 (bei Pertz II. p. 412).

73) R. P. O. von 1577 tit. 17 §. 10.

74) Vgl. Kraut: Grundriß (ed. 5) §. 119, Walter: Deutsche R. G. §. 566, C. Friedländer: Das Einlager aus Urkunden dargestellt, Münster 1868, Löning a. a. O. S. 239 fg.

75) Vgl. Brunnemann ad h. l., Martin: Lehrbuch §. 262 Note d, Puchta: Dienst der deutschen Justizämter II. S. 333.

76) Capit. a. 779, Franc. c. 21, capit. Aquisgr. a. 817, cap. legi add. c. 16, cap. ad leg. miss. c. 23.

II. Das exhibere und restituere, das tradere und dare lassen sich in Beziehung auf die Execution erst seit der Vorschrift Justinian's, daß wo möglich immer auf certa pecunia vel res erkannt werden solle,[77] als einigermaßen gleichartig betrachten;[78] durchaus gleichartig sind sie aber doch nicht. Denn abgesehen von der eigenthümlichen Beziehung des exhibere und restituere zum juramentum in litem, welches dem Kläger das Mittel in die Hand gibt, durch Beantragung eines Liquidationsverfahrens gegen den ungehorsamen Verklagten einen indirecten Zwang auszuüben,[79] hat auch der jenen Leistungen gemeinsame directe Zwang nicht für alle dieselbe Bedeutung. Der directe Zwang, statt dessen selbst da, wo er statthaft, d. h. die natürliche Erfüllung des Judicats möglich ist, um litis aestimatio gebeten werden kann, besteht im Allgemeinen darin, daß die Mitwirkung, welche dem Kläger zum Ansichnehmen des Klagobjects judicatsmäßig vom Verklagten zu leisten sein würde, vom Richter vermittelst des Gerichtsdieners gewährt wird. Er entspricht mithin recht eigentlich der factischen Natur des exhibere und restituere, weshalb er schon in früherer Zeit auf extra ordinem verhandelte, so wie seit Auflösung des Formularprocesses auf alle actiones arbitrariae angewandt wurde,[80] und ist nicht bloß da am Platz, wo bestimmte Sachen in Frage stehen, sondern eignet sich eben so sehr für die Beseitigung benachtheiligender Zustände und die Wiederherstellung niedergerissener Bauten. Nur prästirt hier der Richter nie Mehr als patientia, und überläßt es dem Kläger, die Kosten

77) Vgl. §. 32 I. de act. (4, 6), und dazu §. 46 Note 4.

78) Die unmittelbar auf das Object der Klage gerichtete Execution nennt man wohl Real-Execution. Ueber diese vgl. Ziebarth: Die Realexecution und die Obligation, Halle 1866, und dazu Bekker in der Krit. Vierteljahrsschr. IX. 7.

79) S. §. 28 Note 4.

80) L. 68 D. de R. V. (6, 1): „Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur: et fructuum duntaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit. — — Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.“ Diese Stelle Ulpian's paßt zum Formularproceß nicht, weil der judex kein imperium hatte. Sie bezog sich nach der Inscription auf die außerordentliche Fideicommißjurisdiction der Consuln, und erhielt den weiter gehenden Schlußsatz erst von den Compilatoren. Vgl. Wetzell: Der röm. Vindicationsproceß S. 121 fg. In späteren Stellen wird der directe Zwang als Executionsmittel noch öfter erwähnt. Vgl. l. 7 C. de exs. rei jud. (7, 53), l. 5 C. quorum appell. (7, 65).

seiner Mühewaltung zu liquidiren, falls der Verklagte die Restitution selbst und nicht bloß patientia zu prästiren hatte.[81] Eine Leistung, welche, obschon unter den Begriff des exhibere fallend, einen directen Zwang doch nicht zuläßt, ist die Rechnungsablage.

Bei dem tradere und dare dagegen ist die Besitznahme das untergeordnete Moment, die Hauptsache ist der Wille des Verklagten, mit dem Besitz das Eigenthum zu übertragen. Und wenn man daher aus jener den Inhalt des Urtheils betreffenden Vorschrift Justinian's mit Recht die Folgerung zieht, daß auch das tradere und dare vermittelst gewaltsamer Uebergabe erzwungen werden könne, so sollte man nicht übersehen, wie dadurch dem Richter eine neue, im factischen Zwange nicht schon enthaltene Befugniß beigelegt worden ist.[82] Unersetzbar aber ist immerhin das, was außer dem animus dominii transferendi an rechtlichen Voraussetzungen in der Person des Verklagten vorhanden sein muß, damit der Kläger das ihm übergebene Object haben und behalten könne. Es schließt sich deshalb beim tradere und dare mit der Uebertragung des Besitzes die executive Thätigkeit nicht jedes Mal ab. Vielmehr kommt der Richter im Falle der Eviction noch nachträglich und vielleicht in sehr viel späterer Zeit in die Lage, das Interesse des Klägers schätzen und in Folge davon die Schätzungssumme durch Pfändung beitreiben zu müssen. Von selbst aber versteht sich, daß wenn das zu leistende Object zur Wahl des Verklagten steht, mag es sich um ein Alternativum oder um ein genus handeln, der directe Zwang nicht statthaft ist. Denn als das eigentliche Object der Schuld, des Urtheils und der Execution ist hier das Wählen, allerdings das mit der Leistung des gewählten Objects zusammenfallende Wählen, dennoch aber ein facere im Gegensatz zum dare zu denken.[83] Eben so, wenn die Leistung fungibeler Sachen in Frage steht, deren Qualität vom Verklagten zu bestimmen ist. Dagegen sind fungibele Sachen von bestimmter

---

81) Dieser Unterschied zwischen restituere und patientiam praestare ist bekannt. Er kommt z. B. in Betracht bei der a. aquae pluviae arcendae, dem interdictum demolitorium und de restituendo, dem interdictum quod vi aut clam. Vgl. l. 22 D. de O. N. N. (39, 1), l. 5, 6 §. 7, l. 11 §. 6, l. 12 D. de aqua et aquae pl. arc. (39, 3), l. 7. pr., l. 13 §. 7, l. 14, 15 pr., l. 16 §. 2 D. de interd. qu. vi aut clam. (43, 24), l. 5 D. de interd. (43, 1).

82) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. (Note *) III. S. 314 zu Note 12, Wächter a. a. O. (Note *) S. 30 unter I.

83) Daher ist nach l. 75 §. 8 D. de V. O. (45, 1) die zutreffende Klage die condictio incerti. Vgl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 38 Note 85.

Qualität Gegenstand des dare, und wenn daher das Urtheil auf solche gerichtet ist, so dürfen die im Vermögen des Verklagten befindlichen Sachen der fraglichen Art in Beschlag genommen, und eben so gut wie Geld zur unmittelbaren Befriedigung des Klägers verwandt werden.[84]

Welcher Partei die aus dem Transport der fern vom Gerichtsort befindlichen Sachen oder in anderer Weise (s. oben Note 81) erwachsenden Kosten zur Last fallen, bestimmt sich nach den Grundsätzen des Civilrechts.

Ein Verfahren besonderer Art, analog demjenigen, welches zu Folge der pignoris capio (I. 1) Statt findet, schließt sich in Form der gerichtlichen Veräußerung an die Restitution eines mit der actio hypothecaria vindicirten Pfandobjects dann an, wenn der Kläger es vorzieht, dessen Verkauf durch den Richter bewerkstelligen zu lassen.[85] Nach einer weit verbreiteten Praxis aber ist dies sogar der einzig zulässige Weg, zwar nicht für den Verkauf des Faustpfandes, für welchen im Wesentlichen die Grundsätze des R. R. normiren,[85a] wohl aber für den der Hypothek, deren Besitz der Gläubiger sich erst vermittelst des Gerichts verschaffen muß.[86] Die den Privatverkauf aufschiebende zweijährige Frist wird dabei nicht beobachtet, und auch sonst kommen die unter I. 1. aufgestellten Regeln in Anwendung, namentlich beim Verkauf von Grundstücken die Ladung der etwa besser berechtigten Gläubiger, nöthigenfalls durch Edicte, und die übliche Taxation des Pfandobjects. Der Kläger selbst darf eben so wie jeder andere der intervenirend

84) Arg. l. 15 §. 11, 12 D. de re jud. (42,1). Vgl. auch Wächter a. a. O. S. 30 unter 2.

85) Mevius: Decis. VII. 310, VIII. 268 scheint dem Gläubiger den Antrag auf gerichtlichen Verkauf eben nur zu gestatten. In der letzteren Stelle bemerkt er jedoch: „Tantum hoc requiritur, ut sine fraude fiat distractio. Quam excludit praesentia judicis, cum fit in judicio publico, ut moris est, mediante vel subhastatione, vel proclamatione ad quaerendum emtorem, vel aestimatione et adjudicatione," und fügt in not. 6 hinzu: „Ex Germaniae consuetudine tria ad distractionem pignorum requiruntur, proscriptio, Aufbot, aestimatio et adjudicatio." Auch Hofacker: Princ. jur. civ. II. §. 1193 stellt mit Berufung auf Mevius dem Gläubiger den außergerichtlichen und gerichtlichen Verkauf zur Wahl.

85a) Vgl. indeß über die abweichenden Particularrechte Dernburg a. a. O. II. S. 269, Meibom: Meckl. Hypothekenrecht (auch u. d. T.: Deutsches Hypothekenrecht II.) S. 4 Note 16.

86) Vgl. Glück: Commentar XIX. S. 408, Eichhorn: Einleitung §. 188, Gesterding: Die Lehre vom Pfandrecht §. 26 a. E., Sintenis: Handbuch des Pfandrechts S. 535, Arndts: Pandecten §. 375, Schneider a. a. O. (Note 31) S. 432, Dernburg a. a. O. II. §. 120.

aufgetretenen Pfandgläubiger mit bieten, jedoch ist die impetratio dominii nicht als Vergleich, sondern als datio in solutum nach Verhältniß des durch gerichtliche Schätzung festgestellten Werths des Pfandobjects zu betrachten.[87]

III. Ist der Verklagte zur Leistung einer Caution und zwar zu einer cautio cautionalis schuldig erkannt, so hat man sich noch immer des besonderen Zwangsmittels des R. R., der missio in possessionem, zu bedienen, um die Erfüllung des Judicats herbeizuführen.[88] So also namentlich, wenn es sich um Bestellung der c. damni infecti und der c. legatorum servandorum causa handelt. Daß die Immission hier nicht mehr practisch sei, läßt sich gewiß nicht behaupten.[89] Die dem Vermächtnißnehmer gegebene gesetzliche Hypothek macht keineswegs die c. legatorum servandorum causa unnöthig, weil sie nicht überall dieselbe Sicherheit gewährt, wie diese. Und obgleich die c. damni infecti ohne Benachtheiligung des Klägers zur Strafe des Ungehorsams für geleistet da angenommen werden könnte, wo sie als repromissio zu leisten ist, so vermöchte diese Fiction doch nicht die unter Umständen erforderliche Satisdation zu ersetzen.

IV. Alle sonstigen Leistungen endlich, auf welche das Urtheil gerichtet sein kann, wie verschieden sie sonst auch sein mögen, lassen sich unter dem Begriff des facere zusammenfassen.[90] Hierunter fallen also positive und negative Leistungen (non facere), und zu jenen gehört insbesondere auch die Leistung eines alternativ oder in genere bestimmten Objects, wenn der Verklagte die Wahl hat.[91] Das R. R. nun gibt für die Execution derartiger Leistungen keinerlei Anhalt, da es noch in seiner spätesten Gestalt auf Grund von Klagen, die ein facere zum Gegenstand haben, die Verurtheilung in Geld eintreten läßt.[92] Die Praxis wendet daher die ge-

---

87) Nach l. 3 §. 4, 5 C. de jure dom. imp. (8, 34). Im Uebrigen vgl. die Citate der vorigen Note.

88) Um die Immission zu realisiren, läßt schon das R. R. neben dem interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, directen Zwang zu. Vgl. l. 5. §. 27 D. ut in poss. legat. (36, 4), l. 15 §. 23 D. damni inf. (39, 2), l. 3 pr. §. 1 D. ne vis fiat ei, qui (43, 4).

89) Dies ist die Behauptung Glück's: Commentar XVIII. S. 267.

90) Der technische Begriff des facere umfaßt alle Leistungen, die nicht unter den Begriff des dare fallen, ist also weiter als der im Text zu Grund gelegte, welcher, wie Wächter a. a. O. S. 27 Note 17 es ausdrückt, den Gegensatz der Sach- (und Geld-) Leistungen bildet.

91) S. Note 83.

92) L. 13 §. 1 de re jud. (42, 1) und dazu §. 46 Note 23.

wöhnlichen Ungehorsamsstrafen an,[93] und läßt, wenn ein non facere in Frage steht, die Strafe des Zuwiderhandelns gleich im Erkenntniß androhen.[94] In manchen Fällen wird die vom Verklagten geschuldete Leistung durch Andere hergestellt werden können, und wo dies möglich ist, darf der Richter auf Antrag des Klägers ohne Zweifel diese Vertretung anordnen, um demnächst den Verklagten zum Ersatz der erwachsenen Kosten zu verurtheilen. Indeß einen rechtlichen Anspruch auf diese Art der Execution hat der Kläger nicht,[95] und da er die Kosten doch nöthigenfalls vorschießen müßte, so verdient das ihm ja immer offen stehende Liquidationsverfahren, welches einfacher und weniger verantwortlich ist, der Regel nach den Vorzug. Zur Liquidation aber muß es schließlich auch dann kommen, wenn die zuvor versuchten Ungehorsamsstrafen keinen Erfolg haben.

Von den Beschränkungen der richterlichen Gewalt.*

§. 51.

Die richterliche Gewalt des einzelnen Richters ist äußerlich durch die Normen der objectiven Competenz begrenzt; innerlich dagegen haben wir sie bisher nicht anders als durch Pflicht und Gewissen beschränkt gedacht. In der That aber ist sie auch innerlich durch Beschränkungen rechtlicher Natur ermäßigt, und diese bestehen darin, daß 1. der erkennende Richter gewisse von ihm erlassene Verfügungen nicht selbst zurückziehen und durch neue ersetzen darf, daß aber 2. die Befugniß dazu auf Grund einer erhobenen Beschwerde rücksichtlich derselben und gewisser anderer Verfügungen dem übergeordneten Richter zusteht. Jener ersten, negativen Be-

---

93) Vgl. Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 32 §. 23, Bayer: Vorträge §. 336, Menger im Archiv für civ. Pr. LV. S. 391—395. Hiergegen spricht sich aus Wächter a. a. O. S. 25.

94) J. R. A. §. 162 und dazu Seyfart a. a. O. c. 32 §. 23 Note b, Wächter a. a. O. S. 27, so wie §. 46 Note 44 dieses Systems.

95) So faßt die Sache Bayer a. a. O. §. 336 mit Berufung auf die Stellen der Note 81, die etwas ganz Anderes sagen. Vgl. dagegen Wächter a. a. O. S. 22, 25.

*) Auf den Inhalt dieses §. beziehen sich Gönner: Handbuch I. 7 §. 22—26, Friderich: Ueber die Rechtskraft im Allg. und insbesondere bei interlocutorischen Erkenntnissen, Würzb. 1829, Pape im Arch. für civil. Pr. XXX. 4, Runde im Arch. für die Praxis des Oldenburger Rechts III. S. 165 fg., und insbesondere die gründliche Arbeit von Planck: Die Lehre von dem Beweisurtheil, Gött. 1848.

schränkung entspricht die **Unwiderruflichkeit**, der zweiten, positiven die **Anfechtbarkeit** (specieller die Appellabilität) der betreffenden Verfügungen.

1. **Unwiderruflich** ist nach römischem und canonischem Recht nur das **Endurtheil**. Durch das Endurtheil wird an die Stelle des streitigen Rechtsverhältnisses ein unstreitiges gesetzt, somit die judicielle Aufgabe des Richters erledigt,[1] und wenn daher dem einmal gefällten Urtheil ein zweites substituirt wird, so hat dieses nur die Form, nicht das Wesen eines Urtheils, und ist folglich null und nichtig.[2] Dagegen stehen sonstige Verfügungen, und zwar nicht bloß die proceßleitenden (interlocutiones, auch wohl praejudicia, articuli genannt), sondern eben so wohl die unmittelbar aus dem imperium entspringenden, wie z. B. die Remission der operis novi nunciatio, unter keiner ähnlichen Regel. Sie können noch nach justinianeischem, und eben so nach canonischem Recht ohne Ausnahme zurückgenommen werden, sobald sich der Richter überzeugt, daß er anders, als geschehen, hätte erkennen sollen.[3] Im heutigen Recht aber haben sie diese Eigenthümlichkeit nur theilweise bewahrt. Denn zum Theil sind sie in der vorliegenden Beziehung unter dem Einfluß deutscher Rechtsansichten von der italienischen und deutschen Praxis den Endurtheilen gleichgestellt worden.

Der altdeutsche Proceß nämlich bewegte sich ähnlich dem heutigen in bestimmten Abschnitten Schritt vor Schritt vorwärts, und

1) L. 55 D. de re jud. (42, 1) [„Judex, posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit; et hoc jure utimur, ut judex, qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim male seu bene officio functus est“], l. 14 in f., l. 42, 62 D. eod., l. 65 §. 2 ad S. C. Treb. (36, 1), l. 2 C. de sent. e peric. recit. (7, 44), l. 3 C. commin. (7, 57). Vgl. auch l. 19 §. 2 D. de recept. (4, 8).

2) L. 1 C. sententiam rescindi non posse (7, 50) [„Neque suam, neque decessoris sui sententiam quenquam posse retractare, in dubium non venit; nec necesse esse ab hujusmodi decreto interponere provocationem, explorati juris est“], l. 9 C. de sent. et interloc. (7, 45), l. 1 C. quando prov. non est nec. (7, 64), — c. 20 X. de sent. et re jud. (2, 27).

3) L. 14 D. de re jud. (42, 1) [„Quod jussit vetuitve Praetor, contrario imperio tollere et remittere potest, de sententiis contra“], l. 16 D. de O. N. N. (39, 1). Eine directe Entscheidung über die Interlocutionen enthalten diese Stellen nicht; die Schlußworte der ersten aber „de sententiis contra“ rechtfertigen den Text, welcher vermöge des argumentum a contrario auch durch die Stellen der Noten 1 und 2 [vgl. besonders l. 9 C. de sent. et interl. (7, 45)] unterstützt wird. S. auch l. 19 §. 2 D. de recept. (4, 8). Bestimmter spricht sich jedoch das C. R. aus in c. 60 X. de appell. (2, 28), c. 10 in VI. eod. (2, 15).

brachte auf jeder Stufe den gerade in Frage stehenden Punct zum definitiven Abschluß. In den terminlichen Verhandlungen, welche Statt fanden, wandte sich die handelnde Partei mit ihren Anträgen zunächst an den vorsitzenden Richter. Willfahrte ihr dieser, ohne daß der Gegner widersprach, so bedurfte es keiner Befragung der Schöffen und keines eigentlichen Urtheils; für das nachfolgende Verfahren war schon durch die Uebereinstimmung der Parteien ein genügendes Fundament geschaffen. Nur wenn Differenzen oder Bedenken entstanden, mußten die Schöffen um ihr Urtheil gefragt werden, das aber auch wieder dadurch bindend wurde, daß die Partei, welcher es ungünstig war, ausdrücklich oder stillschweigend ihre Zustimmung erklärte, während sie den Vollbort der Gerichtsgemeinde zu dem von den Urtheilsfindern oder einem derselben eingebrachten Urtheile dadurch auszuschließen vermochte, daß sie widersprach („contradicere rachimburgios“, „blasphemare judicium“), und vermittelst dieses Widerspruchs ein Zwischenverfahren zwischen ihr und den Urtheilsfindern einleitete, von dessen Ausgange der Erfolg der Urtheilsschelte abhängig war.[3a] Daß das Gericht ein gesprochenes Urtheil von sich aus habe zurücknehmen können, ist nicht denkbar,[3b] und alle im Lauf eines Processes ergehenden Urtheile standen mithin dem römischen Endurtheil gleich.[4]

Ganz so weit ging nun freilich die italienische Doctrin nicht. Sie erklärte aber doch außer den Endurtheilen auch die denselben in der einen oder anderen Hinsicht vergleichbaren Interlocute, die interlocutiones vim definitivae habentes,[5] für unwiderruflich,[6] und gab diesem neuen Begriff, ohne im Einzelnen zu vollkommnem Einklang zu gelangen, einen ziemlich ausgedehnten Umfang. Man

3a) Vgl. Siegel: Gesch. des deutschen G. V. I. S. 148 fg., Sohm: Die altdeutsche R. und G. V. I. S. 130 fg., Brunner: Die Entstehung der Schwurgerichte S. 46 fg.

3b) Ueber die scheinbar entgegenstehende lex Rib. LV. vgl. Sohm a. a. O. I. S. 125.

4) Vgl. über das Vorstehende Planck a. a. O. §. 2—4.

5) Diese Bezeichnung, welche anfangs nicht im technischen Sinne gebraucht wurde, findet sich bereits in italienischen Urkunden aus dem Anfange des 13. Jahrhunderts — vgl. Wach: Der Arrestpr. I. S. 182 Note 41 —, kommt aber in der juristischen Literatur wohl nicht früher als in der gl. inanes] ad c. 47 in VI. de elect. und gl. repulsione] ad c. 7 Clem. de appell. vor.

6) Joa. Andreae in gl. inanes] ad c. 47 in VI. de elect. [„— confirmatio facta vocatis iis, qui vocandi erant, et cum causae cognitione, habet vim definitivae: hinc est, quod revocari non poterit“], Panormitanus ad c. 60 X. de appellat., Maranta: Aur. prax. VI. tit. Et demum fertur sent. nr. 32, Zasius ad l. 14 D. de re jud. nr. 28, Gaill: Obs. I. 130 nr. 5.

subsumirte darunter Interlocute, welche die Instanz (im Gegensatz zur Sache) erledigen, z. B. dadurch, daß sie die Klage wie angebracht oder wegen Incompetenz zurückweisen, die Appellation für desert erklären, ferner solche, nach denen ein Endurtheil nicht mehr erwartet wird — man denke an den auf Grund einer confessio in jure erlassenen Zahlungsbefehl, die in der Executionsinstanz ergehenden Verfügungen —, dann überhaupt alle eine Leistung, z. B. die Edition von Urkunden anbefehlenden Interlocute, und endlich auch diejenigen, welche, obschon nicht die Sache selbst, so doch einen einzelnen das Endurtheil vermittelnden oder bedingenden Punct zur Entscheidung bringen, z. B. eine Einrede, ein Beweismittel, die Bitte um Restitution gegen einen processualischen Nachtheil verwerfen oder zulassen. Jedoch stellte man diese letzteren den Endurtheilen nicht nach allen Seiten hin gleich, und sah sie namentlich nicht ohne Weiteres als unwiderruflich an.[7]

Ueberall aber wurde dabei eine vorgängige causae cognitio unterstellt,[8] und dieses Merkmal insbesondere war es, welches

7) Das C. R. in c. 60 X. de appell. (2, 28) und die gl. neque] in f. ad l. 1 C. sent. resc. non posse stehen noch ganz auf dem Boden des R. R. Schon zur Glossatorenzeit aber machten sich beschränkende Ansichten geltend. Die gl. Praetor] ad l. 14 D. de re jud. erwähnt, daß Azo (vgl. auch dessen Lect. ad l. 3 C. de dilat.) nur diejenige Interlocutoria für widerruflich gehalten habe, „quae nihil dari vel restitui ut litis impensas imperet, alioquin contra," und daß Andere, zu denen Hugolinus gehörte (vgl. dessen Dissensiones dominorum, ed. Haenel §. 127 und Bartolus ad l. 14 D. de re jud. nr. 9), auch die Entscheidungen über quaestiones incidentes und emergentes ausgenommen hätten. Späterhin genoß das größte Ansehen die Meinung, daß die die Instanz erledigenden Erkenntnisse (im weitesten Sinne) vim definitivae besäßen und nicht revocirt werden könnten — vgl. Bartolus ad l. 14 D. cit. nr. 9, 10, Baldus ad l. 1 C. sent. resc. n. p. nr. 1, Panormitanus ad c. 60 X. de appell., Lanfrancus de Oriano: Practica, tit. de interloc. et appell. nr. 19—21, Joa. Petr. de Ferrariis: Prax. aur. tit. XVII. gl. 1 nr. 3, 7 sequ. —, während sich daneben allmählich auch jene anderen im Text vorgetragenen Gesichtspuncte geltend machten, namentlich nach dem Vorgang der gl. repulsione] ad c. 7 Clem. de appell. der letzte derselben, welcher jedoch zu voller Anerkennung bloß in Anwendung auf die Appellabilität gelangte [wegen l. 39 D. de minor. (4, 4) und ähnlicher Stellen], nicht rücksichtlich der hier in Frage stehenden Unwiderruflichkeit. Als unwiderruflich galten den Meisten die Entscheidungen von präjudiciellen Puncten nur dann, wenn sie implicite (nicht bloß indirect) die Hauptsache erledigten, oder durch eine selbständige Sachbitte hervorgerufen waren. Vgl. die ausführlichen Commentare von Bartolus ad l. 14 D. de re jud., Alex. Tartagnus ad eand. l. (so wie ad l. 5 D. de V. O. nr. 7), Felinus Sandeus ad rubr. X. de sent. et re jud., Phil. de Franchis ad c. 60 X. de appell., Rob. Maranta l. c. (Note 6) nr. 42—46. Einige specielle Momente, welche bei dieser Entwickelung in Betracht kamen, hebt Planck a. a. O. §. 16 hervor.

8) Vgl. Hugolinus: Diss. dom. ed. Haenel §. 127, Innocentius ad c. 1 X. de in int. rest., Joa. Andreae in gl. inanes] ad c. 47 in VI.

nach Reception der fremden Rechte die deutsche Praxis aufgriff und weiter bildete. Zwar schließen sich die älteren Practiker und Processualisten noch ganz an die mehr empirische Darstellungsweise der Italiener an.[9] Seit dem 17. Jahrhundert aber wird es immer gewöhnlicher, die interlocutiones vim definitivae habentes als solche zu bestimmen, welche causa cognita einen einzelnen Streitpunct entscheiden, ohne das durch die L. C. formulirte Streitverhältniß selbst zu erledigen, einerlei, welchen Inhalt die entschiedene Frage habe, ob sie einen das Endurtheil bedingenden, oder einen rein processualischen Punct betreffe.[10] Und dies ist namentlich die in neuerer Zeit gangbare Auffassung der Sache. Eine Entscheidung aber läßt sich nicht denken ohne einen zwischen den Parteien obschwebenden Conflict, und wo daher der Richter den Antrag einer Partei einseitig zurückgewiesen hat, kann die der eingewandten Remonstration (d. i. Gegenvorstellung) gegenüber erfolgende Bestätigung der früheren Verfügung (decretum inhaesivum) unmöglich als eine Entscheidung gelten oder durch die Beifügung von Rechtsgründen zur Entscheidung werden.[11] Dagegen hat umgekehrt sowohl die Bestätigung als die Zurückziehung einer

de elect. (Note 6), Baldus ad l. 7 C. de sent. et interloc. nr. 3 („Nota hac lege, quod interlocutoria lata sine causae cognitione nunquam transit in rem judicatam"), Fel. Sandeus ad rubr. X. de sent. et re jud. nr. 6, Phil. de Franchis ad c. 60 X. de appell.

9) Vgl. Planck a. a. O. S. 159. Beachtenswerth ist jedoch, daß die deutschen Juristen von vorn herein weniger Anstand nahmen, die im Text zuletzt aufgeführte Kategorie unbedingt für unwiderruflich zu erklären. Vgl. Gaill l. c. l. 130 nr. 6, Brunnemann ad l. 9 C. de sent. et interloc. nr. 9 und ad l. 14 D. de re jud. nr. 4, Blum: Proc. camer. tit. 75 §. 4, 5 vgl. mit §. 56, Titius: Jus priv. rom. germ. XII. 9 §. 13.

10) Dies ist im Wesentlichen die Ansicht von Vultejus: De judiciis III. 11, 12, Cocceji: Jus controv. XLII. 1 §. 9, Pufendorf: Introd. in proc. civ. Br. Lun. II. 11 §. 5, Ludovici: Einleitung zum C. Pr. XXV. §. 5, Cramer: Observ. I. 15, Schaumburg: Principia prax. jur. jud. I. 1 m. 4 c. 2 §. 1 not. **, Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 11 §. 8, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 822, Danz: Einleitung §. 217, dann insbesondere von Gönner a. a. O. I. 7 §. 22—26, Grolman: Theorie §. 98—100, Friderich a. a. O. §. 5, Münscher in der Zeitschr. für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen II. S. 29, Heffter: System §. 201, Martin: Vorlesungen I. §. 106, Bayer: Vorträge §. 138. — Ueber die abweichenden Ansichten von Pape und Runde a. a. O. (Note *) so wie von Brackenhoeft: Erörter. S. 467 fg. vgl. Planck a. a. O. S. 163, 169, welcher selbst in §. 21 nur in so weit über die im Text aufgestellte Ansicht hinausgeht, als er annimmt, daß der Streit, welcher zu entscheiden ist, nicht allein zwischen den Parteien, sondern auch zwischen einer Partei und dem Richter obwalten könne.

11) Vgl. Gönner I. 7 §. 25, Grolmann a.a.O. §. 99. Dagegen nimmt Planck S. 169 in diesem Fall ein Urtheil an, so bald der Richter die Absicht hat, die bestrittene Frage zu entscheiden, die Gegenvorstellungen ausführlich prüft und aus Rechtsgründen verwirft.

auf einseitigen Antrag erlassenen Auflage, wenn in Folge der Remonstration des Gegners ausgesprochen, allerdings den Character einer Entscheidung. Und das Gleiche wird von der Zurückweisung der Appellation behauptet werden müssen, sofern dieselbe, obschon ohne vorgängiges Gehör des Appellaten und selbst in der mehr zufälligen Form des Decrets, auf Grund der eingezogenen Acten und einer in die Sache eingehenden (materiellen) Prüfung der Appellationsbeschwerden verfügt wird, da in diesem Fall der vom Appellaten bereits in der vorigen Instanz kundgegebene Widerspruch in der oberen Instanz fortwirkt.[12] Auch ist nicht gerade erforderlich, daß der Conflict ein ausdrücklich erklärter sei. Weist z. B. der Richter die Klage nach verhandelten vier Sätzen als unbegründet zurück, so liegt eine Entscheidung vor, auch wenn sich der Verklagte der s. g. exc. libelli inepti nicht bedient, sondern pure Litem contestirt hat, weil das Mehr das Weniger in sich schließt, und der, welcher um definitive Abweisung der Klage bittet, doch auch die absolutio ab instantia will, falls jene nicht möglich ist. Daß insbesondere Contumacialerkenntnisse als Entscheidungen gelten, erklärt sich aus der zufolge des Ungehorsams angenommenen Fiction der Einlassung.

In dem neueren Sprachgebrauch pflegen alle Entscheidungen Urtheile (Bescheide) im Gegensatz der Decrete (interlocutiones merae), die interlocutoriae vim definitivae habentes aber specieller Beiurtheile (Zwischenbescheide), und die dem Endurtheil vorausgehenden Beiurtheile namentlich Vorurtheile, (Vorbescheide) genannt zu werden.[13] Diese letzte Bezeichnung paßt also keineswegs auf alle Beiurtheile, z. B. nicht auf die nach Einlassung des Verklagten ausgesprochene absolutio ab instantia, auf die in der Executionsinstanz und in den executivischen Proceßarten vorkommenden Entscheidungen, weil diesen überall kein Endurtheil nachfolgt.

Die Unabänderlichkeit der Urtheile schließt aber doch weder die Berichtigung von Rechen- und Schreibfehlern noch die Ertheilung von Declarationen aus.

a. Wo Rechen- oder Schreibfehler vorliegen, hat der

12) Hiermit stimmen, obwohl in der Begründung abweichend, Gönner I. 7 §. 26 und Martin: Vorlesungen I. §. 106 a. E. überein.

13) Diese Terminologie ist jedoch nach der Praxis der einzelnen Territorien sehr verschieden. Mit dem Ausdruck „Vorbescheide" werden z. B. im älteren Sprachgebrauche mancher Länder die Termine bezeichnet.

Richter Etwas gesagt, was er nicht hat sagen wollen. Daß hier eine Berichtigung zulässig ist, folgt schon daraus, daß der Gedanke den Vorzug vor dem Buchstaben verdient; ist die Kritik auf den Text der Gesetze anwendbar, so kann sie nicht verhindert sein, den Text eines Urtheils festzustellen. In der That gestattet denn auch das R. R. dem erkennenden Richter ausdrücklich, etwaige Rechenfehler — wie man annehmen muß, sogar von Amts wegen — zu verbessern,[14] und räumt ihm die gleiche Befugniß rücksichtlich der in die „Acten" eingeschlichenen Schreibfehler ein.[15] Nur darf der Sinn des Urtheils nicht verändert werden, und es muß daher schon eine einfache Vergleichung der fehlerhaften Stelle mit anderen Bestandtheilen des Urtheils oder mit dem bei den Acten befindlichen Concept oder den in Bezug genommenen Parteivorträgen ergeben, daß der Ausdruck, dessen sich der Richter bedient hat, nicht von ihm gewollt sei. Ein Rechenfehler insbesondere ist also nur dann anzunehmen, wenn für das arithmetische Verhältniß feststehender Zahlengrößen zu einander ein unrichtiger Ausdruck gebraucht, nicht aber wenn auf die Angaben der Parteien eine falsche Beurtheilung angewandt, oder gar aus irrigen Parteiansätzen der entsprechende Schluß gezogen worden ist.[16] Und als Schreibfehler werden zwar Weglassungen und Verunstaltungen von nachweislich gewollten Ausdrücken zu betrachten sein, wie z. B. das Schweigen der Decisive über die Proceßkosten oder andere Nebenpuncte, über welche sich die Meinung und der Wille des Richters vollkommen erkennbar in den Entscheidungsgründen ausgesprochen, dagegen keineswegs das Uebergehen von Puncten, welche der Richter zu wollen versäumt hat.[17] Jedoch ist es erlaubt, die im Urtheil vergessenen Folgen

---

14) L. 1 §. 1 D. quae sent. sine app. resc. (49, 8): „Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est, veluti si judex ita pronunciaverit: Quum constet Titium Sejo ex illa specie L, item ex illa specie XXV debere, idcirco Lucium Titium Sejo in C condemno."

15) L. 46 D. de re jud. (42, 1): „Actorum verba emendare, tenore sententiae perseverante, non est prohibitum."

16) L. 2 C. eod. (7, 52) [„Res judicatae, si sub praetextu computationis instaurentur, nullus erit litium finis"], l. 1 C. de errore calculi (2, 5) [„si res judicatae non sunt"]. Vgl. dazu Gesterding: Ausbeute III. S. 154, Linde: Handbuch IV. S. 33, Bayer: Vorträge S. 426. Unerweislich ist die Annahme Gensler's: Commentar zu Martin's Lehrb. II. S. 139, daß ein an einem Rechenfehler leidendes Urtheil nichtig sei.

17) Im Ganzen gelten hier die Grundsätze, welche Savigny: System I. §. 38 für die Kritik in Anwendung auf die Gesetze vorträgt.

der Condemnation und Absolution an demselben Tage nachzutragen, an welchem die Verkündigung geschehen ist.[18]

b. Die Declaration der Urtheile andererseits setzt voraus, daß nicht bloß der Inhalt derselben (wie im vorigen Falle) vom Richter gewollt ist, sondern auch der Ausdruck. Sie darf diesen daher als das vorzüglichste Mittel benutzen, um jenen nach allen Seiten hin festzustellen, worin eben ihre Aufgabe besteht. Denn sie ist identisch mit der Interpretation, und ist nicht etwa, wie Viele annehmen, durch den zufälligen Umstand der Dunkelheit bedingt, sondern in jedem Fall anwendbar, in welchem eine Partei auf ein ergangenes Urtheil Bezug nimmt. Es ist dies schon oben, als von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe die Rede war, des Weiteren besprochen worden.[19] Daß zu einer solchen Thätigkeit nicht bloß der Richter befugt sein könne, welcher das Urtheil gefällt hat, liegt auf der Hand. Dagegen läßt sich allerdings eine Interpretation selbständig und für sich nur bei diesem Richter nachsuchen,[20] und die Antwort, durch welche ein solches Gesuch gewährt wird, pflegt man in einem specielleren Sinn als declaratio sententiae zu bezeichnen. Dem Imploranten wird es dabei meist um die Gewinnung einer festen Grundlage für ein zu ergreifendes Rechtsmittel zu thun sein, und in der That ist diese Rücksicht, jedoch auch nur sie geeignet, eine Abweichung von der allgemeinen Regel zu rechtfertigen, daß der Richter sich zu bloßen Meinungsäußerungen nicht herbeiläßt. Nach Ablauf der Appellationsfatalien sollte daher die erbetene Declaration zur Vermeidung von Weiterungen kurzweg abgelehnt werden.[21] Denn die Parteien sind nicht ausschließlich auf dieses Mittel verwiesen; sie mögen versuchen, das auf dem Wege der Appellation nicht mehr anfechtbare Urtheil nach ihrem Verständniß mit der a. judicati oder der exc. rei judicatae geltend zu machen, vielleicht auch mittelst der restitutio in integrum zu rescindiren, und wenn ihre Auslegung keine Billigung erhält, sie

18) L. 42 D. de re jud. (42, 1).

19) S. §. 47 S. 594.

20) Hiervon ist l. 4 §. 1 D. de appell. (49, 1) zu verstehen. Daß diese Stelle die interpretandi potestas nicht jedem Richter, der ein Urtheil gefällt hat, einräumt, hat seinen Grund wohl darin, daß die judices im alten Sinne des Wortes mit der Fällung des Urtheils ihr richterliches officium beendigten, mithin nur Magistrate mit jener Befugniß bekleidet sein konnten.

21) Aus diesem Gesichtspunct („ne detur occasio cavillationibus et novis disputationibus") pflegte das R. K. Gericht den Declarationsgesuchen nur höchst selten zu willfahren. Vgl. Gaill I. 116 nr. 8, Blum l. c. (Note 9) tit. 75 §. 55.

durch das zutreffende Rechtsmittel aufrecht zu erhalten. Eben so könnten sie zwar, wo die Appellationsfrist noch läuft, statt um eine Declaration zu bitten, sofort sich der Appellation bedienen, und beim Oberrichter auf Abänderung des nach ihrer Auffassung ihnen ungünstigen Urtheils antragen. Dabei würden sie jedoch Gefahr laufen, daß ihnen, falls das erbetene neue Urtheil in dem angefochtenen gefunden würde, die Kosten des Rechtsmittels zur Last fielen.

Gesetzt nun, der Richter glaube auf die Prüfung des Declarationsgesuches eingehen zu müssen, so steht es in seinem Ermessen, ob er die Gegenpartei darüber hören wolle oder nicht. Da neues factisches Material niemals in Frage kommt, so ist die Vernehmlassung jedenfalls nicht nothwendig, und wenigstens in dem Fall selbst nicht von der Billigkeit geboten, wo der Ausdruck des Urtheils weder an Zweideutigkeit noch an Unvollständigkeit leidet, mithin für den Richter Nichts übrig bleibt, als das Gesuch aus dem materiellen Grund des mangelnden Bedürfnisses zurückzuweisen.[22] Bei Ertheilung der Declaration selbst aber[23] hat der Richter rein objectiv mit Hülfe der vorhandenen Interpretationsmomente das, was er gewollt hat, festzustellen, damit er das Urtheil nicht etwa durch Berichtigung oder Fortführung des Gedankenganges, welcher ihn bei dessen Abfassung geleitet hat, umgestalte, erweitere oder beschränke. Er hat in dieser Beziehung eine wesentlich andere Stellung als der Gesetzgeber, dessen authentische Interpretation ein neues Gesetz ist, und als solches auf Geltung Anspruch macht, auch wenn sie dem zu erklärenden Gesetz widerstreitet. Die abändernde Declaration eines Urtheils wäre ungültig, und es fehlt der durch dieselbe verletzten Partei nicht an Mitteln, dies zur Anerkennung zu bringen.[24] Nur der Ausdruck darf berichtigt werden, der In-

---

22) Vgl. Pütter: N. E. §. 432. Der Sache nach liegt auch hierin eine Declaration.

23) Diese setzt nach dem Vorstehenden eine Dunkelheit, d. h. Zweideutigkeit oder Unvollständigkeit des Ausdrucks voraus, mithin den Fall, in welchem Linde: Handbuch IV. §. 17 sehr unpassend von angeblich (oder scheinbar) dunkeln, zweideutigen und widersprechenden Erkenntnissen redet. Da, wo nach demselben §. 16 eine wirkliche Dunkelheit vorliegt, und eine Declaration nicht zulässig sein soll, ist nicht bloß der Ausdruck mangelhaft, sondern der Wille des Richters selbst. Es trifft hier im Wesentlichen dasselbe zu, was Savigny a. a. O. I. §. 33 fg. über die Interpretation der Gesetze sagt.

24) Nämlich die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn die Absicht einer Aenderung erkennbar hervortritt, außerdem, d. h. also da, wo die Aenderung durch eine unrichtige Beurtheilung bewirkt worden ist, die Appellation. Nur die letztere

halt des einmal ergangenen Urtheils muß derselbe bleiben, und unbegründet ist daher die Meinung neuerer Juristen, daß die Frist zur Einlegung der Appellation erst dann zu laufen anfange, wenn die Declaration (und zwar zum Nachtheil des Imploranten) erfolgt sei.[25] Vielmehr wird der Implorant sein Interesse nur dadurch allseitig sichern können, daß er mit dem Declarationsgesuch eventuell, d. h. auf den Fall einer nachtheiligen Declaration, die Einlegung der Appellation verbindet.[26]

Natürlich geht die Eigenschaft der Unwiderruflichkeit, von welcher bisher die Rede gewesen ist, den an einer Nichtigkeit leidenden Urtheilen ab,[27] so wie sie andererseits nicht berührt wird durch die Möglichkeit der restitutio in integrum, mittelst deren aus einem zutreffenden Restitutionsgrunde benachtheiligende Urtheile ganz eben so wie benachtheiligende Geschäfte und sonstige Rechtswirkungen rescindirt werden können. Dagegen bildet das im Reichsproceß und in manchen Particularrechten ausgebildete Institut der Revision eine wahre Ausnahme, indem es dem erkennenden Richter die Befugniß einräumt, auf erhobene Beschwerde Urtheile abzuändern, welche an sich unwiderruflich sein würden; nur muß das neue Urtheil jedes Mal von einem Spruchcollegium eingeholt werden.

2. Der Begriff der Anfechtbarkeit steht mit dem der Unwiderruflichkeit nur in einem allgemeinen und losen Zusammenhang. Zwar erscheint es, sobald sich die Unterordnung der Gerichte und ein Einfluß der oberen auf die Entscheidungen der niederen ausgebildet hat, in gewissem Maaße billig, daß diejenigen Verfügungen, welche der untere Richter selbst nicht wieder aufzuheben vermag, bei dem oberen angefochten und von diesem aufgehoben und abgeändert werden dürfen. Umgekehrt aber macht die Widerruflichkeit einer Verfügung nicht deren Anfechtbarkeit überflüssig,

---

wird in l. 4 §. 1 D. de appell. (49, 1) [„ita tamen, ut in causis appellationis reddendis hoc solum quaeratur, an jure interpretatum sit"] erwähnt; daß aber eine unter dem Vorwand der Declaration vorgenommene Aenderung nicht anders beurtheilt werden könne, als eine offen ausgesprochene, liegt auf der Hand.

25) So z. B. Mevius: Decis. I. 109, Bayer: Vorträge S. 418.

26) S. Linde a. a. O. IV. §. 20.

27) Dies gilt unbedingt von den unheilbar nichtigen Urtheilen. Dagegen wird die heilbare Nichtigkeit durch den Ablauf der 10tägigen Interpositionsfrist gehoben — vgl. §. 60 Note 64 fg. —, und deshalb werden Urtheile, die an einer solchen Nichtigkeit leiden, gleichfalls als unwiderruflich anzusehen sein.

weil sich doch keineswegs mit Sicherheit erwarten läßt, daß der Unterrichter jede von ihm zugefügte Beschwerde auf begründete Vorstellung auch wieder gut machen werde. Der Umfang der anfechtbaren Verfügungen wird sonach mit dem der unwiderruflichen nicht nothwendig zusammenfallen, wobei vorläufig bemerkt sei, daß die Bitte, durch welche die interessirte Partei den Oberrichter zu bestimmen sucht, eine sie beschwerende Verfügung abzuändern, Appellation (appellatio, provocatio) genannt wird.

Zu allen Zeiten nun haben die Endurtheile für appellabel gegolten, — darüber ist kein Zweifel. Es handelt sich also bloß um die Interlocutionen, in Beziehung auf welche zunächst nach R. R. in Betracht kommt, daß wenn gegen das Endurtheil appellirt wurde, der Oberrichter an die vorausgegangenen Interlocutionen so wenig gebunden sein konnte, wie der Unterrichter es gewesen, und folglich vollkommen freie Hand haben mußte, alle im Laufe des unterrichterlichen Verfahrens vorgekommenen Beschwerden nach seiner besseren Einsicht zu heilen.[28] Die Appellation gegen Interlocute wurde deshalb als eine Verschleppung des Processes angesehen, und sollte nicht bloß nicht zugelassen („recipi non placuit"),[29] sondern auch mit 50 Pfund Silbers bestraft werden.[30] Ganz streng aber hielt man sich an dieses Verbot doch nicht.[31] Wir finden im justinianeischen Recht die Appellation bei Gelegenheit eines Interlocuts erwähnt, durch welches im Restitutionsverfahren der Beweis der minor aetas für gelungen erkannt,[32] so wie einem anderen

28) L. 36 (rest.) C. de appell. (7, 62), l. 12 §. 2 C. de reb. cred. (4, 1).

29) Pauli R. S. V. 35 §. 2 [„Moratorias appellationes et eas, quae ab executoribus et confessis fiunt, recipi non placuit"], l. 1, 11, 29 C. Th. qu. appell. non recip. (11, 36), l. 2, 25 C. Th. de appell. (11, 30), — l. 7 C. qu. appell. non rec. (7, 65), l. 16 C. de jud. (3, 1), l. 16 C. de sent. et int. (7, 45).

30) Die Strafe war anfangs (von Constantin) auf 30 Pfund Silbers festgesetzt — l. 2, 3, 5 C. Th. qu. app. n. rec. (11, 36) —, später wurde sie (von Valentinian I.) auf 50 Pfund erhöht, — l. 15, 25, 30 C. Th. qu. app. n. rec. (11, 36), l. 65 C. Th. de app. (11, 30), — l. 2 C. de episc. aud. (1, 4), l. 5 C. qu. app. n. rec. (7, 65), l. 36 (rest.) C. de appell. (7, 62).

31) Der Cod. Theod. gestattet die Appellation vor dem Endurtheil gegen die Annahme der Competenz, wenn eine peremtorische Einrede, wenn die Zulassung der Klage, und wenn eine Frist zur Herbeischaffung von Zeugen oder Urkunden versagt wird. Vgl. l. 18 pr. C. Th. qu. app. n. rec. (11, 36), l. 23, 24, 25 C. Th. eod., l. 37 C. Th. de appell. (11, 30), und dazu Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. S. 326, Planck a. a. O. S. 107 fg.

32) L. 39 pr. D. de minor. (4, 4). Es ist wohl anzunehmen, daß der Magistrat mit der Untersuchung dieses Punctes einen arbiter beauftragte — vgl. Keller: Der röm. C. Pr. §. 81 N. 975 —, wodurch dann das Urtheil über

gegenüber, durch das die Torquirung eines Sclaven verfügt worden war,[33] und auffallend ist dabei weniger, daß überhaupt Abweichungen vorkommen, als daß sie so selten sind, und auf keinem irgend wie genauer bestimmten Princip beruhen. Wie sollte es z. B. gehalten werden, wenn der Richter eine Klage a limine judicii oder wie angebracht zurückwies?

Diese und ähnliche Fragen waren wohl dazu angethan, die italienischen Juristen auf die Schwierigkeiten hinzuweisen, welche die römische Theorie in der Anwendung darbot. Und da ihnen ohnehin die Anschauungen des deutschen Rechts geläufig waren, nach denen die Schöffenurtheile auf jeder Stufe des Verfahrens mit einem Rechtsmittel konnten angefochten werden, so verallgemeinerten sie die erwähnten Ausnahmen, und unterwarfen der Appellation neben den Endurtheilen auch die interlocutiones vim definitivae habentes (in dem unter 1. besprochenen Sinne),[34] so wie alle Interlocute, die eine vermittelst der Appellation vom Endurtheil nicht zu heilende Beschwerde enthielten.[35] Sie näherten sich dadurch zugleich dem C. R., welches im Interesse der päpstlichen Gewalt, vielleicht auch unter germanischem Einfluß die Appellation von Interlocuten anfänglich unbedingt zugelassen hatte,[36] seit Innocenz III. aber wenigstens „ex rationabili causa" gestattete,[37] und sich schließlich im tridentinischen Concil durchaus der Doctrin der Legisten accommodirte.[38] Diese

---

das Alter noch mehr Aehnlichkeit mit einem Endurtheil erhielt, und sogar geeignet wurde, anderen Restitutionsgesuchen zu präjudiciren — l. 43 D. eod. —. Eine sprechende Analogie bietet der arbiter ad probandos fidejussores constitutus, worüber zu vgl. sind l. 9, 10 pr. D. qui satisd. cog. (2, 8), l. 2 D. a quib. app. n. lic. (49, 2), — Stellen, die man in den Untersuchungen über die Appellabilität der Interlocute vielfach benutzt hat.

33) L. 2 D. de app. rec. (49, 5).

34) S. Note 7. Den Ausgangspunct bildeten die in Note 32 citirten Stellen, so wie außerdem l. 7 §. 2 D. de minor. (4, 4). Vgl. gl. Discussore] ad l. 7 C. qu. app. n. recip., welche für die spätere Auffassung maaßgebend geworden ist. Belege finden sich bei den in der folgenden Note citirten Schriftstellern.

35) So schon mit Berufung auf l. 2 D. de app. rec. (49, 5), l. 5 C. quor. app. n. rec. (7, 65) die gl. Discussore] ad l. 7 C. eod. Außerdem vgl. Bartolus ad l. 2 D. de app. rec. nr. 11 sequ., ad l. 9 C. de sent. et interl. nr. 3, Baldus ad l. 2 C. de episc. aud., Jo. Petr. de Ferrariis: Prax. aur. XIX. 14 nr. 8, Felin. Sandeus ad rubr. X. de sent. et interloc., Phil. de Franchis ad c. 60 X. de appell., und dazu Planck a. a. O. S. 132.

36) Vgl. c. 18 C. 2 qu. 6, c. 5, 12 X. de appell. (2, 28).

37) C. 59 X. de appell., c. 3 §. 4, 5, c. 5, 7 in VI. eod. (2, 15).

38) Conc. Trident. sess. 24 c. 20 de reform.

ging demnächst aber auch in die deutsche Praxis[39] und Reichsgesetzgebung[40] über, und ist somit als die gemeinrechtliche zu betrachten.

Da nun die neuere deutsche Doctrin unter den interlocutiones vim definitivae habentes Verfügungen versteht, welche auf beiderseitiges Gehör einen einzelnen Punct entscheiden, so müssen die übrigen appellabeln Interlocute Decrete, d. h. auf den einseitigen Antrag einer Partei ergangen sein. Es vermögen sich aber Decrete, welche einem gestellten Antrag Statt gegeben, zufolge einer Remonstration der Gegenpartei in zweiseitige Verfügungen, d. h. in Beiurtheile umzuwandeln, und sie sind daher, bevor die Remonstration versucht worden ist, noch gar nicht als beschwerend anzusehen.[41] Nur bei abweisenden Decreten (decreta rejectoria) also kann die Appellabilität in Frage kommen, und diese nun sind appellabel, wenn die durch sie zugefügte Beschwerde vermittelst der Appellation von einem nachfolgenden Urtheil sich nicht mehr aufheben läßt, sei es weil sie dem Imploranten den Eintritt in ein beantragtes Verfahren abschneiden, z. B. eine Klage oder den auf Einleitung einer summarischen Proceßart gerichteten Antrag, eine Intervention, ein Executionsgesuch, eine Executionseinrede, die Appellation u. s. w. von vorn herein zurückweisen, sei es weil sie unter den gegebenen Umständen einen unwiederbringlichen factischen Nachtheil mit sich führen, z. B. die Arrestanlage gegen den der Flucht oder Dilapidation verdächtigen Verklagten, oder die anticipirte Vernehmlassung eines todtkranken Zeugen im Lauf des Processes versagen.

Somit hat sich der Satz, für welchen oben eine gewisse innere Nothwendigkeit in Anspruch genommen wurde, vollständig bestätigt, daß Unwiderruflichkeit und Appellabilität keine correlate Begriffe sind, daß aber allerdings alle unwiderruflichen Verfügungen auf erhobene Beschwerde vom oberen Richter zurückgezogen und abge-

39) Vgl. Planck a. a. O. S. 155, 156.

40) R. G. O. von 1495 tit. 20, von 1496 tit. 14 §. 3, von 1500 tit. 39 §. 3, von 1508 tit. 2 §. 3, 8, von 1523 tit. 4 §. 4, tit. 5 §. 2, von 1555 II. 28 §. 6, 29 §. 3, 4, III. 31 §. 10, 11, Conc. von 1613 II. 31 §. 15, 32 §. 2, 3, III. 36 pr., §. 1, J. R. A. §. 58.

41) Vgl. Mevius: Decis. VII. 292 [„Quotiescunque ille ipse judex, qui aliquid jussit vetuitve, contrario imperio tollere id ipsum potest, non est admittenda appellatio"], Estor: Anfangsgründe, Tit. 84 §. 803 fg., Gönner: Handbuch III. 57 §. 2, Münscher a. a. O. (Note 10) II. S. 30 (wo auch Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel angeführt werden), Bayer: Vorträge S. 1071. Vgl. auch Planck a. a. O. S. 161.

ändert werden können. Nun gibt es aber Umstände, welche die Appellation (und eben so zwei andere der Appellation nachgebildete Rechtsmittel, die Revision und die querela nullitatis sanabilis[42]) ausschließen, und der Eintritt solcher Umstände bewirkt daher, daß die bereits unwiderrufliche Verfügung auch unanfechtbar wird, oder wie man dies ausdrückt, in Rechtskraft (Rechtskraft im formellen Sinne) übergeht.[43] Nur rechtskräftige Endurtheile in diesem Sinne erzeugen die in §. 47 beschriebenen Wirkungen (Rechtskraft im materiellen Sinne), rechtskräftige Beiurtheile erledigen entweder die Instanz oder bilden für das weitere Verfahren eine feste, auch den Oberrichter bindende[44] Grundlage, und beide können nur noch mittelst der restitutio in integrum angegriffen werden, falls sie nicht jener formellen Voraussetzungen ungeachtet zum Beschreiten der Rechtskraft einer unheilbaren Nichtigkeit wegen überhaupt unfähig sind.

Von den Rechtsmitteln muß jedoch in dem Folgenden noch besonders gehandelt werden.

Von den Rechtsmitteln insbesondere.*

§. 52.

Unter Rechtsmittel wird im formellen Sinne ein besonders gearteter Parteiantrag, also eine processualische Handlung, im

42) Hierauf ist in den folgenden §§. zurückzukommen.

43) Die Römer nennen „res judicata" jedes Urtheil, einerlei, ob gegen dasselbe ein Rechtsmittel möglich ist oder nicht — l. 7 pr., l. 11 D. de transact. (2, 15) —, nach C. R. ist „res judicata" nicht mehr jedes Urtheil, sondern nur dasjenige Urtheil, dem keine Abänderung in einer ferneren Instanz bevorsteht — c. 13, 15 X. de sent. et re jud. (2, 27) —, und dies ist der heutige Sprachgebrauch. Vgl. Savigny: System VI. S. 298, 299.

44) Dies nahm das C. R. selbst in späterer Zeit nicht unbedingt an — vgl. c. 12 in VI. de appell. (2, 15), c. 7 Clem. eod. (2, 12) und dazu Planck a. a. O. S. 134 —, das im Text vorgetragene heutige Recht aber wird in der Lehre von der Appellation noch weiter begründet werden.

*) Von den Rechtsmitteln insgesammt handeln Ulich: Abhandlung von Appellationen und Leuterungen, auch anderen rechtlichen Mitteln, sich wider ein gravirendes Urtheil zu schützen, Wittenb. 1788, Mehlen: Ueber die Appellationen und andere Impugnativmittel gegen richterliche Erkenntnisse, Berlin 1791, Gönner: Handbuch III., Linde: Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln nach Grundsätzen des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, Gießen I. 1831, II. 1840 (auch unter dem Titel: Handbuch des gemeinen deutschen bürg. Pr. IV., V.). Dieses letzte ausführliche Werk hat das Verdienst, überall auf die Particularrechte hinzuweisen; im Uebrigen würde es gefehlt sein, wenn man seinen Umfang als Maaßstab seiner Gründlichkeit betrachten wollte. Einzelne Abschnitte desselben sind auch als besondere Abhandlungen erschienen.

materiellen Sinne das Recht zu einem solchen Antrag, d. h. ein processualischer Anspruch verstanden. Der Antrag, von welchem hier die Rede ist, kann gestellt werden, ohne auf einen zutreffenden Anspruch gegründet zu sein; Erfolg aber läßt er nur dann erwarten, wenn der Partei, von welcher er ausgeht, der Beweis gelingt, daß sie berechtigt sei, ihn zu stellen. Da er somit diesem Recht untergeordnet, zu dessen Geltendmachung bestimmt ist, so haben wir als das Maaßgebende den materiellen Begriff des Rechtsmittels zu betrachten.

Die Natur des Rechtsmittels im materiellen Sinne aber wird aus seiner Voraussetzung und seiner Richtung erkannt.

1. Seine Voraussetzung hat dasselbe in einem processualischen, d. h. die Parteistellung alterirenden Nachtheil, welcher durch eine richterliche Verfügung[1] verursacht worden ist. Und da dieser Nachtheil verschieden sein kann, so muß es auch verschiedene Rechtsmittel geben. Es ist

a. denkbar, daß eine Verfügung verletzend ist, obschon sie dem Recht entspricht. Hierbei wird unterstellt, daß die lädirte Partei in der voraufgegangenen Instruction selbst etwas Vortheilhaftes versäumt oder etwas Nachtheiliges gethan hat, und daß dieses Verhalten die Folge eines Umstandes ist, welcher die den Verhandlungen entsprechende Verfügung als der aequitas widerstreitend erscheinen läßt. Gegen eine Verletzung dieser Art kann nur durch eine eigentliche Rescission, die restitutio in integrum, geholfen werden.

b. Sehr viel gewöhnlicher aber hat die Verletzung ihren Grund in der unrichtigen Beurtheilung des dem Richter vorgelegten Materials, also in einer unrichtigen Subsumtion der Thatsachen unter die entsprechenden Rechtsregeln, und das gegen ungerechte Verfügungen in diesem Sinne (sententiae injustae, iniquae) zuständige Rechtsmittel ist die Appellation, welche jedoch nach den Reichsgesetzen und manchen Particularrechten unter Umständen durch die Revision vertreten wird. Appellation und Revision haben die Bedeutung von rescindirenden Rechtsmitteln nicht, wollen vielmehr die durch sie angegriffenen Verfügungen nicht rechtsbestän-

1) Der unbestimmte Ausdruck „Verfügung" ist hier und im Folgenden gebraucht worden, um Urtheile und Decrete zusammenzufassen. Es soll aber durch den Gebrauch dieses Ausdruckes nicht gesagt sein, daß jedes der genannten Rechtsmittel gegen beide Arten von Verfügungen gegeben werde.

dig, rechtskräftig werden lassen, um sie einer wiederholten und gründlicheren Prüfung zu unterwerfen. Sie haben es also nicht mit rechtskräftigen, aber gleichwohl mit wirklichen Verfügungen zu thun, von denen wieder

c. die nichtigen Verfügungen (sententiae nullae[2]) verschieden sind. Eine unrichtige oder ungerechte Verfügung ist als solche niemals nichtig.[3] Denn mag gerecht oder ungerecht geurtheilt worden sein, so ist doch geurtheilt. Dagegen begründet jeder andere nicht bloß auf ein fehlerhaftes Urtheilen zurückzuführende Mangel die Nichtigkeit der Verfügung, welcher er anhaftet. Nichtig ist daher eine Verfügung schon dann, wenn bei ihrer Findung ausdrücklich von unrichtigen Grundlagen ausgegangen ist, sei es von einem Rechtssatz, welcher mit dem klaren Inhalt der Gesetze („jus constitutum", „manifesti juris forma")[4] oder von factischen

---

2) Von einer „nullitas" der Urtheile sprechen die Römer nicht, und eben so wenig von „sententiae nullae," gleich als sei die Nichtigkeit eine fortdauernde Eigenschaft. Dagegen sagen sie wohl von einem Urtheilsspruch aus, er sei nichtig, sententiam (auch decretum, divisionem) esse nullam, infirmam, irritam, obwohl sie sich dafür häufiger anderer Ausdrücke bedienen, z. B. non recte pronunciatum esse, rem non videri judicatam, reum inefficaciter condemnatum, sententiam nullius momenti esse, non valere, valere non debere, vices (oder firmitatem) judicati, auctoritatem rei judicatae non habere (oder non obtinere), judicati auctoritate non niti, firmitatem non tenere, jure non tenere, pro justa non haberi, ad effectum juris spectare minime oportere, nec nomen sententiae habere mereri. Das C. R. aber hat schon die abstractere Ausdrucksweise der neueren Jurisprudenz.

3) Das c. 9 X. de sent. et re jud. (2, 27) sagt zwar: „Item cum aliqua causa appellatione remota committitur, et sententia fertur iniqua, eam evacuari oportet, nec ei debet stari, si iniquitatem contineat manifestam" —, und spricht damit aus, daß ein an offenbarer Ungerechtigkeit leidendes Urtheil nichtig sei. Allein offenbar ungerecht kann ein Urtheil nur unter den im Text zu den beiden folgenden Noten bezeichneten Voraussetzungen sein, wie schon die gl. Manifestam] ad h. loc. dadurch anerkennt, daß sie als Beispiel eines solchen Urtheils eine sententia lata contra jus scriptum anführt, und deren Nichtigkeit an den in ihr enthaltenen Irrthum knüpft („puta quia lata est contra jus scriptum, sc. contra leges vel canones, — ita quod in ipsa sententia continebatur error"). Dabei verweist sie auf c. 40 X. de sent. exc. (5, 39), eine Stelle, welche von der gl. Intolerabilem errorem] ad h. l. und der gl. Contra leges] ad c. 1 X. de sent. et re jud. in den hier einschlagenden Worten „vel in forma excommunicationis intolerabilem errorem fuisse patenter expressum" keineswegs bloß auf den Rechtsirrthum, sondern auch auf den error calculi in sententia expressus bezogen wird.

4) L. 19 D. de app. (49, 1) [„Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet, et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum, vel constitutionem fuerit prolata"], l. 1 §. 2 D. quae sent. sine app. resc. (49, 8), l. 2, 5 C. qu. prov. n. est nec. (7, 64), nov. 113 c. 1 §. 1, c. 41 §. 5, 6 C. 2 qu. 6, c. 1, 8, 13 in f. X. de sent. et re jud. (2, 27), c. 3 X. de emt. vend. (3, 17). Daß ein Urtheil „expressim"

Voraussetzungen, die mit dem in den Acten enthaltenen Material[5] in Widerspruch stehen, wenn sie also, wie man es ausdrückt, contra jus in thesi clarum (im Gegensatz des jus litigatoris, des jus in hypothesi) geht, oder actenwidrig ist. Dann ferner aber, wenn sie nach Inhalt[6] oder Form[7] den für richterliche Verfügungen

---

und „specialiter" im Sinne der l. 19 D. cit. (vgl. auch c. 13 in f. X. de sent. et re jud.) nicht schon dann contra juris rigorem ist, wenn sein Widerspruch gegen ein klares Gesetz aus der Decisive gefolgert werden kann, daß vielmehr der ihm zu Grunde liegende irrthümliche Rechtssatz ausdrücklich in abgesonderten Entscheidungsgründen oder in Verbindung mit der Decisive bezeichnet sein muß, ergibt sich aus l. 27 D. de re jud. (42, 1). Vgl. Linde a. a. O. II. §. 236, welcher diese Auffassung gegen die abweichende Ansicht von Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen III. S. 147 fg., Franke im Arch. für civ. Pr. XIX. S. 400, und Bardeleben: De sententiarum nullitate p. 37 sequ., p. 42 vertheidigt. Auch findet eine Richtigkeit nicht Statt, wenn der Richter eine gesetzliche Bestimmung auf den gegebenen Fall nicht anwenden zu dürfen geglaubt — l. 32 D. eod. —, oder das von ihm angewandte Gesetz unrichtig ausgelegt hat, wie nach den Worten der l. 2 C. qu. prov. non est nec. (7, 64) „Sententiam ejus contra tam manifesti juris formam datam nullas habere vires palam est" anzunehmen ist. Sonst ist es gleichgültig, ob der Richter den bei Seite gesetzten Rechtssatz gekannt hat, oder nicht, und deshalb rechtfertigt sich die von Hartmann: De nullitate sententiae contra consuetudinem, observantiam ac stylum curiae, Altorf 1727, Gesterding a. a. O. III. S. 146, Linde II. S. 429 und Anderen aufgestellte Behauptung, daß in der vorliegenden Beziehung das Gewohnheitsrecht dem geschriebenen Recht vollkommen gleichstehe.

5) Nach c. 36 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29), c. 40 X. de sent. exc. (5, 39), c. 2, 7 §. 5 in VI. eod. (5, 11) ist als Nichtigkeitsgrund auch ein intolerabilis error in sententia excommunicationis patenter expressus anzusehen, und es ist schon in Note 3 darauf hingewiesen, daß die Glosse an mehreren Stellen das c. 40 X. cit. auf den error calculi in sententia expressus [vgl. l. 1 §. 1 D. quae sent. sine app. resc. (49, 8)] mit beziehe. Jedenfalls hat die ital. Doctrin die Actenwidrigkeit als Nichtigkeitsgrund anerkannt, wie Vantius: Tr. de nullitatibus processuum et sententiarum XIII. nr. 128—131 nachweist. Ueber die deutsche Doctrin vgl. Mevius: Decis. VI. 30 nr. 7, Lauterbach: Coll. th. pract. XLIX. 8 §. 20, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 900, Canngiesser: Coll. notab. decisionum Hasso-Cassel. IV. 118 nr. 12, 21, Claproth: Einleitung II. Hauptst. 24s. Nicht zu rechtfertigen aber ist die bei manchen älteren Juristen (s. die Citate bei Röder: Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten S. 62 unter 2) vorkommende Behauptung, daß schon ein falscher (unrichtiger) Entscheidungsgrund (falsa causa), falls er nicht mit anderen richtigen concurrire, die Nichtigkeit begründe.

6) Eine Zusammenstellung der aus dem Inhalt der Urtheile entspringenden Nichtigkeitsgründe wird mit Beziehung auf frühere Ausführungen in §. 60 Note 97—103 gegeben werden.

7) Nach R. R. sollen die Urtheile schriftlich concipirt und aus dem Concept (libellus, periculum) vorgelesen werden — l. 3 C. de sent. ex periculo recit. (7, 44) —, „nisi breves sint lites et maxime vilium personarum vel causarum" — auth. Nisi breves] ad h. l. (nov. 17 c. 3, nov. 83 pr.) —. Dieselbe Regel wird unter ausdrücklicher Androhung der Nichtigkeit in c. 5 in VI. de sent. et re jud. (2, 14) vom C. R. wiederholt, welches jedoch die schriftliche Form vorzugsweise aus dem Gesichtspunct der Beglaubigung zu betrachten scheint. Vgl. c. 43 X. de test. (2, 20), c. 16 X. de sent. et re jud. (2, 27), c. 2 Clem. de V. S. (5, 11). In dem §. 67 Note 28 wird auf diesen Punct zurückgekommen werden.

geltenden allgemeinen Erfordernissen nicht entspricht. Und endlich auch, wenn in Betreff des Gerichtes, von welchem,[8] oder der Parteien, für welche sie erlassen ist,[9] so wie der im Verfahren zu beobachtenden Grundsätze[10] und Formen[11] die Voraussetzungen ihrer Gültigkeit mangeln.[12] Eine nichtige Verfügung nun kann an sich nicht nachtheilig wirken, weil das, was nicht existirt, überhaupt nicht wirken kann. Sobald sie jedoch von einer mit Gerichtsbarkeit versehenen Person ausgegangen ist, hat sie wenigstens eine Scheinexistenz, und diese genügt nach den Regeln von der Vertheilung der Beweislast vorläufig zur Begründung des Anspruchs, welcher, von jenen Mängeln abgesehen, in Wirklichkeit aus ihr entspringen würde. Der hierdurch beschwerte Theil ist somit genöthigt, den ihrer Gültigkeit entgegenstehenden Mangel aufzudecken und nöthigenfalls zu beweisen,[13] und das naturgemäße Erforderniß einer solchen Nachweisung hat ein besonderes Rechtsmittel, die querela nullitatis, hervorgerufen, welches wieder in zwei Formen aus einander fällt, die querela nullitatis sanabilis und die querela nullitatis insanabilis.

Unter eine dieser Formen muß jede Verletzung subsumirt werden können, welche zur Begründung eines Rechtsmittels geeignet sein soll. Daß aber gerade so, wie es im Eingang (unter 1) geschehen, die Voraussetzung der Rechtsmittel gefaßt, und in ihren Begriff die Beziehung auf einen durch richterliche Verfügung verursachten, die Parteistellung alterirenden Nachtheil aufgenommen worden ist, hat seinen Grund nicht sowohl in der Natur der Sache oder einem practischen Bedürfniß, als in der Analogie der Appellation, und da es außer den genannten doch noch andere Nachtheile im Processe gibt, so pflegt man die zur Beseitigung derselben dienenden Mittel und Anträge wohl auch den Rechtsmitteln beizuzählen. Man könnte sie uneigentliche Rechtsmittel nennen. Es

---

8) Die hier einschlagenden Grundsätze ergeben sich aus den §. 37—42. S. besonders §. 39 unter 2.

9) S. §. 9 Note 27, §. 12.

10) S. §. 43 unter 1 und 2, so wie §. 60 Note 96.

11) Von diesen wird in der dritten Abtheilung gehandelt werden.

12) Aeltere und neuere Processualisten pflegen die Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde mit einem Katalog aller denkbaren Nichtigkeiten einzuleiten. Dies Verfahren ist hier und in §. 60 vermieden worden. Die Nichtigkeitsgründe ergeben sich aus dem Ganzen des Systems, und sind im Text gleichsam nur rubricirt worden.

13) Dies wird weiter ausgeführt im Eingang des §. 60.

gehört dahin erstens die restitutio in integrum in Anwendung auf processualische Nachtheile, welche einer Partei unmittelbar aus ihren eigenen Unterlassungen oder Handlungen ohne Dazwischenkunft des Richters erwachsen, und zweitens die s. g. einfache Beschwerde (querela simplex), welche Statt findet, wo der Richter zwar im Zusammenhang mit einem processualischen Verfahren, aber gleichwohl ohne das Streitverhältniß selbst zu berühren, durch Ueberschreitung seiner Befugnisse oder Verletzung seiner Pflichten eine der im Proceß aufgetretenen Personen benachtheiligt hat.

Nicht bloß in den Voraussetzungen aber, sondern eben so wohl

2. in der Richtung und dem Ziel liegt das Characteristische der eigentlichen Rechtsmittel. Denn während die Restitution in der zuletzt bezeichneten Anwendung einen Nachtheil beseitigen soll, welcher nicht vom Richter zugefügt worden ist, und die querela simplex den Oberrichter nur veranlaßt, durch Befehle auf das Verhalten des Unterrichters einzuwirken, sind alle wahren Rechtsmittel direct auf Abänderung einer richterlichen Verfügung (allerdings nach Verschiedenheit der Verletzung in einem verschiedenen Sinne) gerichtet.[14] Durch diese Richtung unterscheiden sie sich namentlich auch von der Syndicatsklage, deren Voraussetzungen große Aehnlichkeit mit denen der querela nullitatis haben, jedoch strenger sind,[15] wogegen die Remonstrationen gegen einfache Decrete den Rechtsmitteln zwar in Voraussetzung und Richtung gleichen, aber dennoch keine solche sind, weil der Remonstrant (mag er der Implorant sein einem abweisenden, oder der Implorat einem Statt gebenden Decret gegenüber) von dem Gesichtspunct einer ihm zugefügten vollendeten Verletzung nicht ausgehen kann.

Unter Rechtsmittel im materiellen Sinne ist demnach der Anspruch einer Partei auf Abänderung einer sie in ihrer Stellung zur Gegenpartei benachtheiligenden richterlichen Verfügung zu verstehen.

---

14) Hiermit stehen die Ordinationen nicht im Widerspruch, welche der über die Appellation erkennende Richter der Abkürzung des Verfahrens wegen erlassen kann. S. das, was hierüber in §. 56 c. fin. vorgetragen wird.

15) Insofern sie eine Verschuldung des Richters (§. 36 Note 14) erfordern, auf welche es bei der Nichtigkeitsbeschwerde nicht ankommt.

Wenn man nun diesem Anspruch einen in gleicher Richtung gestellten Antrag substituirt, so hat man den Begriff des Rechtsmittels im formellen Sinne, und da dieser die verschiedenen Species des bisher betrachteten materiellen Begriffs in sich aufnimmt, so kann auch von allen einzelnen Rechtsmitteln, der Restitution, der Appellation, der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde in jenem doppelten Sinne geredet werden. Die Formulirung des Antrags (oder Petitum) aber ist nicht für jedes Rechtsmittel dieselbe. Zwar haben alle Rechtsmittel die Bitte um ein neues Urtheil gemein; dagegen intendiren sie ihrem materiellen Begriff entsprechend eine verschiedenartige Einwirkung auf das angefochtene Urtheil. Der, welcher sich der Restitution bedient, bittet um Rescission, der Appellant und Supplicant (Revident) um Aufhebung (gleichbedeutend mit Widerruf), der Querulant um Nichtigerklärung des vorigen Urtheils. Und diese Verschiedenheit des Petitum, in welcher sich eben nur die Eigenthümlichkeit der Rechtsmittel spiegelt, involvirt naturgemäß auch verschiedene Formen des Verfahrens. Dabei kommen allerdings noch manche Momente von untergeordneter Bedeutung, insbesondere Rücksichten des practischen Bedürfnisses in Betracht, welche die consequente Durchbildung des Verfahrens gestört, hier natürliche Differenzen aufgehoben,[16] dort willkührliche gesetzt haben.[17] Im Ganzen und Großen aber macht sich im Verfahren der einzelnen Rechtsmittel die durch das Petitum ausgedrückte Tendenz auf das Bestimmteste geltend. Hier in dieser Einleitung jedoch können nur drei Hauptpuncte berührt werden, auf denen die Rechtsmittel zum Theil eine gleiche, zum Theil eine verschiedene Behandlung finden, die Anzeige und Anzeigefrist, die Einwirkung auf den Lauf des bisherigen Verfahrens, und die Frage, ob der beschwerende Richter selbst (judex a quo) oder ob der ihm übergeordnete Richter (judex ad quem) zur Beurtheilung des Rechtsmittels competent sei.

1. Unter allen Rechtsmitteln trägt die Appellation (von der ihr nachgebildeten Revision und querela nullitatis sanabilis vorläufig abgesehen) den Character eines processualischen Rechtsmittels am entschiedensten und reinsten an sich. Denn während die Re-

16) Z. B. den Unterschied zwischen der querela nullitatis sanabilis und der Appellation.

17) So den Unterschied zwischen Revision und Appellation, insofern derselbe auf der Einführung der Appellationssumme beruht.

stitution und der Sache nach doch auch die Nichtigkeitsbeschwerde aus dem Civilrecht in den Civilproceß übergegangen sind, kommt die Appellation nur im Processe vor. Sodann aber setzt die Restitution ein rechtskräftiges, die querela nullitatis insanabilis ein der Rechtskraft nicht fähiges Urtheil voraus, und beide erscheinen daher als Anfangspuncte eines neuen Rechtsstreits, welcher entweder die Hauptsache in sich aufnimmt, oder sich, wenn das Hauptverfahren noch läuft, in dieses einfügt, d. h. sie erscheinen als Klagen, welche in Folge ihrer Richtung gegen ein Urtheil nebenher die Qualität von Rechtsmitteln angenommen haben. Dagegen hat die Appellation Nichts mit einer Klage gemein; sie ist von vornherein ein Rechtsmittel, und begründet keinen neuen Rechtsstreit, sondern unterbricht nur den Lauf des anhängigen Verfahrens, um dasselbe in neue Bahnen überzuleiten und in einem neuen Stadium fortzusetzen. Dieser Unterbrechung wegen ist die Partei, welche sich durch ein ihr ungünstiges Urtheil beschwert fühlt, gebunden, von ihrer Absicht zu appelliren binnen der kurzen Frist von 10 Tagen Anzeige zu machen, damit nach deren Versäumniß der Proceß auf einer unerschütterlichen Grundlage in seinem gewöhnlichen Laufe weitergehen könne. Dieselbe Frist aber ist von den Reichsgesetzen der Revision und der querela nullitatis sanabilis gesetzt worden, und da andererseits die Restitution in 4 Jahren, die querela nullitatis insanabilis in 30 Jahren verjährt, so pflegt man die an die 10tägige Interpositionsfrist gebundenen Rechtsmittel als ordentliche[18] den der Klagenverjährung unterworfenen als außerordentlichen Rechtsmitteln entgegenzusetzen.

2. Die Versäumung der 10tägigen Interpositionsfrist schließt den Gebrauch der ordentlichen Rechtsmittel aus, macht also die vorausgegangene Verfügung, wenn diese ein Urtheil ist, rechtskräftig.[19] Darin liegt, daß die rechtzeitige Interposition das Mittel ist, den Eintritt der Rechtskraft zu suspendiren („sententia appellatione suspensa“[20]), d. h. daß die ordentlichen Rechtsmittel den Suspensiv-Effect (effectus suspensivus) haben,

18) Die Appellation wird in l. 3 §. 1 D. rat. rem hab. (46, 8) als „auxilium commune“ bezeichnet, und die Restitution in l. 16 pr. D. de minor. (4, 4) als „auxilium extraordinarium,“ offenbar nicht im Sinne der vorstehenden Eintheilung, welche ein Erzeugniß der neueren Doctrin ist.

19) S. §. 51 Note 43.

20) Ueber diesen Ausdruck der Quellen vgl. §. 55 Note 19.

suspensive Rechtsmittel sind. Bei den außerordentlichen Rechtsmitteln dagegen kommt eine gleiche Wirkung nicht vor. Denn die Restitution soll, wie oben bemerkt, die eingetretene Rechtskraft rescindiren, und wo die querela nullitatis insanabilis Statt findet, ist die Rechtskraft nicht möglich; beide sind mithin ihrer Natur nach nicht suspensive Rechtsmittel. Der Suspensiv-Effect aber bedeutet, daß sowohl der Richter, als die Parteien den bisherigen Stand der Sache beizubehalten, oder was dasselbe ist, sich jeder Neuerung (innovatio, attentatum) zu enthalten haben. Für die Parteien besteht diese Vorschrift schon in Folge der Litiscontestation;[21] sie erstreckt sich über die ganze Dauer des Processes, und wirkt selbstverständlich nach dem Endurtheil, wenn dessen Rechtskraft suspendirt wird, fort, nur insofern verschärft, als den Appellanten wegen Attentats der Verlust seines Rechtsmittels trifft,[22] zugleich aber dadurch gemildert, daß der Appellat auf Grund der Appellation besondere, schon früher besprochene Sicherheiten fordern darf,[23] was beides in gleicher Weise im Falle der Revision und der querela nullitatis sanabilis gelten muß. Die richterliche Thätigkeit dagegen wird stille gestellt, weil ein suspendirtes Urtheil, obwohl demnächst seine Bestätigung erfolgen kann, weder für weitere Verfügungen, noch für die Execution ein sicherer Boden ist. Der Suspensiveffect ist nach dieser Seite hin unter den besonderen Schutz des Oberrichters gestellt, welcher auf erhobene Beschwerde dem Versuche des weiteren Vorschreitens durch ein mandatum attentatorum inhibitorium vorbeugt,[24] die erlassenen Verfügungen aber, welche nichtig sind, vermittelst eines mandatum attentatorum revocatorium aufhebt,[25] und diese

21) S. §. 14 Note 77—84.

22) C. 42 X. de app. (2, 28): „An sit deferendum appellationi illius, quem adversarius de exspoliatione post appellationem legitime interpositam sibi facta paratus est in continenti convincere, nos duxisti per tuos nuntios consulendos. Respondemus, quod, cum in eo quis puniendus sit, in quo deliquit, qui appellationi deferre neglexit, se beneficio appellationis reddit indignum."

23) S. §. 30 Note 74, 75.

24) S. §. 55 Note 28 und §. 56 Note 13.

25) Vgl. c. 36 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29), c. 19 X. de jurejur. (2, 24), c. 1, 48, 49, 51, 52, 55, 56, 66, 67 X. de app. (2, 28), c. 3 §. 9, c. 4, 7 in VI. eod. (2, 15), c. 2, 7 §. 5 in VI. de sent. excomm. (5, 11), so wie die von der Extrajudicial-Appellation handelnden Stellen des §. 58 Note 6; ferner K. G. O. von 1555 III. 31 §. 12—14, R. A. von 1570 §. 95, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 37 §. 3—7, J. R. A. §. 59, Vis. A. von 1713 §. 49. Die citirten Reichsgesetze beziehen sich jedoch nur auf das in causa

Mandate durch die Androhung und Verhängung von Strafen aufrecht hält[26] („jurisdictio appellatione suspensa"[27]). Sogar eine Art rückwirkender Kraft ist dem Suspensiveffect beigelegt. Gelangt eine Sache auf dem Wege der Appellation (oder der querela nullitatis sanabilis) an die obere Instanz, so sollen sofort und ehe sie selbst noch zum Erkenntniß reif ist, auch diejenigen Handlungen rückgängig gemacht werden, welche vor der Interposition (und nach dem Urtheil) vorgenommen worden sind.[28] Ausnahmsweise jedoch, und namentlich da, wo ein einfaches Interlocut den Gegenstand der Beschwerde bildet, suspendirt die Interposition das Verfahren nicht,[29] weshalb der Gegner auf dessen Fortsetzung ein Recht hat, sofern dieselbe überhaupt möglich ist[30] und vom Oberrichter nicht inhibirt wird. Denn unter Umständen ist der Oberrichter zur Inhibition berechtigt,[31] und der dieserhalb von ihm ausgehende Befehl (litterae inhibitoriales) hat völlig die Kraft der ipso jure eintretenden Suspension.[32] Die Regel aber bleibt die, daß mit der Rechtskraft zugleich das Verfahren suspendirt wird. Und daran knüpft sich denn die Frage, wie es in dieser Beziehung mit den außerordentlichen Rechtsmitteln stehe, ob nicht etwa, wenn zur Zeit ihrer Geltendmachung das Verfahren in der Hauptsache noch nicht weiter gegangen, derselbe Erfolg sich aus anderen Gründen ergebe. Man muß bei Beantwortung dieser Frage die Restitution und die querela nullitatis insanabilis unterscheiden.

Für das Restitutionsverfahren war schon im R. R. die Regel aufgestellt, „in integrum restitutione postulata ne quid novi fiat,"[33] ohne Zweifel in Anwendung der Wirkungen, welche die

attentatorum zu beobachtende Verfahren; materielle Neuerungen enthalten sie nicht.

26) K. G. O. von 1555 III. 31 §. 14, R. A. von 1570 §. 95, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 37 §. 5, 7.

27) Ueber diesen Ausdruck vgl. §. 55 Note 20.

28) C. 7 in VI. de app. (2, 15), Vis. A. von 1713 §. 49.

29) S. §. 55 Note 26—32.

30) Möglich ist sie der Regel nach nicht bei einfachen Interlocuten, welche appellabel sind, weil diese einen Antrag ohne vorgängiges Gehör des Gegners zurückweisen, also das Verfahren abschneiden. Beispiele des Gegentheils finden sich in §. 55 Note 28 a. E.

31) Jedoch nur da, wo von einem einfachen Interlocut appellirt worden ist; so daß die Inhibition des Oberrichters einen der selteneren Fälle voraussetzt, auf welche am Schluß der vorigen Note verwiesen worden ist. Die Belegstellen finden sich in §. 55 Note 27, 28.

32) C. 7 in VI. de app. (2, 15).

33) Vgl. l. 1 C. in integrum restitutione postulata ne quid novi fiat

Litis Contestation auch in anderen Processen erzeugt, und somit zunächst gegen Uebergriffe der Parteien gerichtet. Allerdings aber bezog das C. R. jene Regel auch auf das Verhalten des Richters, unterwarf also den über die Restitution erkennenden Richter im Wesentlichen denselben Normen, welche nach Einlegung der Appellation für den Unterrichter gelten, und fügte nur eine Beschränkung hinzu, welche den Mißbrauch jener suspendirenden Wirkung der Restitution zu verhindern bestimmt ist. Es soll nämlich die gegen ein verurtheilendes Erkenntniß gerichtete Bitte um Restitution die Execution dann nicht hemmen, wenn gegen den implorantischen Verklagten der Verdacht der Chicane obwaltet, und der Kläger eine genügende Caution dahin leistet, daß er im Falle seines Unterliegens alles auf Grund des Urtheils inzwischen Percipirte dem Verklagten restituiren werde.[34]

Mit der Nichtigkeitsbeschwerde dagegen verhält es sich anders. Zwar würde sie aus dem Gesichtspunct der Klage eben so wie die imploratio restitutionis zu behandeln gewesen sein. Nichts desto weniger ist ihr der Suspensiveffect constant von der Praxis versagt worden, weil die Behauptung der Nichtigkeit die Wahrscheinlichkeit gegen sich hat. Nur da glaubt man die Execution aussetzen zu müssen, wo dieselbe für den Querulanten einen unwiederbringlichen Nachtheil mit sich führen würde.[35]

3. Durch die Appellation wird nicht nur das bisherige Verfahren suspendirt, sondern zugleich die Competenz des oberen Richters begründet, oder wie man dies ausdrückt, die Sache an den oberen Richter devolvirt. Sie hat mithin den Devolutiv-Effect (effectus devolutivus), ist ein devolutives Rechtsmittel, und hierin steht ihr wieder die querela nullitatis sanabilis gleich, wogegen sich die Revision gerade dadurch von der Appellation unterscheidet, daß sie, wie die Restitution, ein nicht devolutives Rechtsmittel ist. Die querela nullitatis insanabilis steht auf diesem Punct in der Mitte; sie kann, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, eben so wohl vor dem unteren wie vor dem oberen Richter ausgeführt werden.[36]

(2, 50): „Postulata in integrum restitutione omnia in suo statu esse debere, donec res finiatur, idque curabit is, ad cujus partes ea res pertinet."

34) C. 6 X. de in int. rest. (1, 41).

35) Vgl. §. 60 Note 43, 121, 122.

36) Die Belege finden sich in der Darstellung der einzelnen Rechtsmittel.

Die folgende Darstellung nun wird, ausgehend von dem materiellen Begriff der Rechtsmittel, zuerst die Restitution und zwar unter dem Namen der processualischen Restitution als eigentliches und uneigentliches Rechtsmittel, dann die Appellation und Revision, und schließlich die Nichtigkeitsbeschwerde behandeln, anhangsweise aber die Lehre von den s. g. einfachen Beschwerden folgen lassen.

Die processualische Restitution.*

§. 53.

Die processualische Restitution ist nichts Anderes als die prätorische Restitution in der Richtung gegen Nachtheile, welche im Proceß entstanden sind.[1] Sie hat zwar dieser Richtung wegen manche Eigenthümlichkeiten angenommen, folgt aber im Ganzen den gewöhnlichen Grundsätzen.[2] Namentlich setzt sie als rescindirendes Rechtsmittel voraus, daß zum Nachtheil des Imploranten ein processualisches Verhältniß eingetreten sei, welches dem strengen

---

*) Außer den auf die Restitution im Allgemeinen bezüglichen Quellen Tit. Cod. 2, 27 si adversus rem judicatam restitutio postuletur. 29 si adversus venditionem pignorum. 50 in integrum restitutione postulata ne quid novi fiat. — Huld. Eyben: Disp. de processu instantiae restitutionis in int. adv. judicis sententiam, Helmst. 1674. Jo. Eisenhardt: De processu instantiae restitutionis in int., Helmst. 1686. Wincop: Disp. de rest. contra negligentiam procuratoris circa lapsum fatalium, Erf. 1704. Ern. Th. Maier: Disp. de in int. rest. contra rem jud., Tub. 1714. Mylius: Diss. de rest. in int. brevi manu contra rem jud., Lips. 1756. Riedesel: Vorträge an den vollen Rath des kais. K. G. über einige Lehren des kammergerichtlichen Processes, Jena 1791, Vortr. II., Gönner: Handbuch III. 58, 66. Moritz: Ueber das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung gegen richterliche Urtheile, Landsh. 1816. Gensler im Archiv für civ. Pr. IV. 12. Bickell: Beiträge zum C. Pr., Cassel 1836 (auch in der Zeitschr. für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen I. 1, bes. S. 121—208). Linde: Handbuch II. Abschn. 5 §. 276—298. Heinzerling: Die gemeindeutsche Civilproceß-Restitution, 2. Aufl. Darmstadt 1870, S. 214 fg. Ueber das Geschichtliche vgl. Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 168, Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. §. 117, so wie über die Restitution im Allgemeinen Burchardi: Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Gött. 1831, Schröter in der Zeitschr. für C. R. und Pr. VI. 3, Savigny: System VII. §. 315—343.

1) Die von Danz: Grundsätze §. 436 und den das. Note a Citirten aufgestellte Behauptung, das Rechtsmittel der Restitution sei altdeutschen Ursprungs, ist ohne allen Grund. Vgl. Riedesel a. a. O. S. 81, Bickell a. a. O. S. 162 Note 63.

2) Eine allgemeine Bestätigung dieses Satzes enthält l. 7 §. 4 D. de minor. (4, 4): „Sed et in judiciis subvenitur, sive dum agit, sive dum convenitur, captus sit.“ Vgl. auch l. 2 C. si tutor vel curat. (2, 25) verb. „quae — in judicio vel extra judicium gesta fuerint.“

Recht entsprechend ist, und findet darum gegen (unheilbar) nichtige Urtheile und nichtige Parteihandlungen keine Anwendung.[3]

Insofern hat dieses Rechtsmittel an sich schon einen subsidiären Character. Seine Subsidiarität geht aber weiter. Die Restitution wird ein auxilium extraordinarium genannt, und darin liegt, daß eine Verletzung (laesio), wie sie zur Begründung der Restitution erforderlich ist, nicht als vorhanden angenommen werden darf, wo es sich um einen Nachtheil handelt, zu dessen Beseitigung schon das gemeine Recht (das merum jus, die ratio juris) ausreichende Mittel an die Hand gibt.[4] Daher haben zwar Unmündige und Minderjährige die Wahl zwischen der Restitution und der a. tutelae, weil der Erfolg dieser Klage wegen des Beweises der Verschuldung unsicherer ist, als der der Restitution.[5] Dagegen trifft jene Regel vor Allem da zu, wo eine benachtheiligende Verfügung auf einseitigen Antrag ergangen und somit ohnehin widerruflich (der Rechtskraft unfähig) ist.[6] Sodann, wo nach vorgängigem Gehör des Verklagten eine Absolution von der Instanz Statt gefunden hat, indem der Kläger, was er zur besseren Begründung der abgewiesenen Klage im Restitutionsgesuche vortragen könnte, eben so gut mit einer neuen Klage zur Geltung bringt, und obschon er auf dem Wege der Restitution die Kosten des verlornen Processes zurückerhielte, doch andrerseits, wie unten (Note 127) gezeigt werden wird, die Kosten der Restitutionsinstanz zu tragen hätte.[7] Nach derselben Regel aber müßte ferner die Restitution auch solchen Urtheilen gegenüber ausgeschlossen sein, welche mit dem ordentlichen Rechtsmittel der Appellation beseitigt werden könnten, wenn sich anders deren Wirksamkeit an einem äußeren Merkmal erkennen ließe, und nicht das Verlangen der vorgängigen Appellation unter Umständen geradezu eine Verleitung zur Calumnie enthielte.[8] Umgekehrt aber rechtfertigt der Gebrauch dieses subsidiären Rechtsmit-

3) L. 4 C. in quibus causis in int. rest. necess. non est (2, 41). Ferner vgl. l. 16 §. 1, 3 D. de min. (4, 4), l. 3 C. de in int. rest. min. (2, 22), l. 4 C. si adv. rem. jud. (2, 27) [vgl. gl. ad h. l.]. S. übrigens §. 51 Note 27.

4) L. 16 pr. D. de min. (4, 4): „Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei dari extraordinarium auxilium.“ Vgl. auch l. 10 C. de proc. (2, 13).

5) L. 45 §. 1 D. de min. (4, 4), l. 3, 5 C. si tut. vel cur. (2, 25). Ueber die scheinbar abweichende l. 39 §. 1 D. de minor. (4, 4) vgl. Savigny VII. S. 144 Note u.

6) S. §. 51 Note 11.

7) Vgl. Mevius: Decis. V. 183 nr. 5, Bickell a. a. O. S. 138.

8) Erk. des O. A. G. zu München bei Seuffert: Archiv I. 385.

tels die Annahme, daß der Implorant nicht Willens sei, sich der Appellation zu bedienen, mithin stillschweigend auf dieselbe verzichte,[9] und da nun die Rechtskraft nicht bloß durch den Ablauf des decendii, sondern auch durch Verzicht begründet wird, so steht es im Resultat doch so, daß die Restitution (als eigentliches Rechtsmittel) es immer nur mit rechtskräftigen Urtheilen zu thun hat.

Dies führt aber einen Schritt weiter. Ist nämlich die Bitte um Restitution in der Richtung gegen ein Urtheil nicht denkbar ohne den vorausgegangenen oder gleichzeitigen Eintritt der Rechtskraft, so muß der Implorant jedes Mal anerkennen, daß nach Lage der Acten mit Recht so wie geschehen geurtheilt worden sei. Er kann sich mithin nur deshalb verletzt fühlen, weil er die factischen Unterlagen, auf denen das Urtheil beruht, für unvollständig oder unrichtig hält. Und da es nun seine Sache gewesen wäre, dem Richter die zweckentsprechenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel vorzulegen, so nöthigt ihn die Behauptung einer Verletzung zu dem Nachweise, daß er selbst entweder Vortheilhaftes unterlassen oder Nachtheiliges gethan habe. Um aber aus einer Unterlassung den ungünstigen Ausfall des Urtheils abzuleiten, genügt nicht schon die Bezugnahme auf eine Frist- oder Terminsversäumniß,[10] vielmehr muß der Implorant Thatsachen (Einreden, Repliken, Dupliken, Beweiseinreden u. s. w.),[11] Beweismit-

---

9) Diese in der Sache begründete Annahme findet sich schon bei Gaill: De pace publ. II. 18 nr. 22, ist aber von den späteren Juristen nicht gleichmäßig festgehalten worden. Vgl. darüber Riedesel a. a. O. §. 9—11, §. 80 fg. Bestritten ist namentlich die Frage, ob die Appellation mit der Restitution cumulirt werden könne, wo es sich nicht um verschiedene Beschwerdepuncte handelt. Diese Frage ist um deswillen zu bejahen, weil die aus dem einfachen Gebrauch zu ziehende Folgerung des Verzichts durch die Cumulation abgeschnitten wird. Jedoch muß der Richter in einem solchen Falle das mit der Appellation verbundene Restitutionsgesuch, selbst wenn es vorangestellt sein sollte, als dermalen noch unstatthaft zurückweisen. Vgl. Cropp in Heise und Cropp: Jurist. Abhandl. II. S. 340 fg., Bickell a. a. O. S. 126, 208 (wo sich auch Erk. des O. A. G. zu Cassel finden), Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert II. 113, Heinzerling a. a. O. S. 44 fg. und Belege S. 177 fg., wo abweichende Erk. des O. A. G. zu Darmstadt. Unklar sind Gensler a. a. O. IV. S. 144, Linde a. a. O. II. §. 302.

10) Vgl. Bickell S. 137.

11) Vgl. l. 2 C. sent. resc. (7, 50), Gem. Besch. vom 7. Juli 1669. Vgl. auch c. 4 X. de exc. (2, 25), J. R. A. §. 78. Daß auch wegen versäumter dilatorischer Exceptionen um Restitution gebeten werden kann, sagt das c. 4 X. cit. ausdrücklich. Dagegen erscheint sie der Versäumung einer der von der früheren Doctrin allgemein den dilatorischen Exceptionen zugezählten Proceßeinreden gegenüber — vgl. §. 14 zu Note 94 fg. — nur dann zulässig, wenn dieselbe einen Mangel betrifft, welcher seiner Natur nach bloß auf Verlangen des Verklagten

tel,[12] oder Anträge,[13] s. g. nova, vorlegen, welche in dem Sinn erheblich (relevant) erscheinen,[14] daß sie rechtzeitig benutzt für sich allein oder im Zusammenhang mit anderen in den Acten bereits enthaltenen Momenten zu einem günstigen Urtheil geführt haben würden.[15] Nachtheilige Handlungen sind seltener; es kommen als solche das Geständniß unwahrer Thatsachen, die Richtung der Klage auf die Hauptsache mit Umgehung der nicht selbständig klagbaren Accessionen,[15a] der Verzicht auf processualische Vortheile in Be-

---

zu berücksichtigen ist, und weil durch Verzicht heilbar, sich nach der L. E. nicht mehr geltend machen läßt, wie die Verdächtigkeit des Richters, der Mangel der c. pro expensis oder c. pro reconventione — vgl. §. 45 S. 544 und dazu §. 36 Note 19 —, während die übrigen Proceßeinreden auch ohne Restitution bis zum Schluß des Verfahrens nachgebracht werden können. Vgl. über diese Frage Carpzov: Defin. I. 11 d. 15, II. 9 d. 5, Brunnemann ad l. 13 C. de except. nr. 14.

12) Urkunden werden ausdrücklich genannt in l. 31 D. de jurejur. (12, 2) „instrumenta," und in dem Gem. Besch. vom 7. Juli 1669, welcher „in facto emergirende neue, dienlich und erhebliche Umstände (Note 11) oder zur Hand gebrachte Urkunden, briefliche Schein und documenta" erwähnt. Dabei ist jedoch an neu verfaßte Urkunden nicht zu denken, welche, wenn sie ein Zeugniß in sich aufgenommen, mithin einem alten Beweismittel nur eine neue Form gegeben haben, nach ihrem Inhalt zu beurtheilen sind — arg. Cramer: Observ. II. 731 —, und wenn sie eine Disposition enthalten, wiederum ihres Inhalts wegen sich ohne Restitution verwenden lassen. Vgl. §. 49 Note 69. — Den Urkunden stehen im Allgemeinen die Zeugen gleich, sie müssen nach l. 1 §. 1 D. de fide instr. (22, 4) als in den „instrumenta" der l. 31 D. de jurejur. (12, 2) begriffen angesehen werden. Zweifelhaft ist nur, ob wenn über eine Thatsache Zeugen abgehört und die Zeugenaussagen bereits publicirt worden sind, über dieselbe Thatsache auf dem Wege der Restitution neue Zeugen producirt werden können — §. 23 Note 61 —, was jedoch, einen Restitutionsgrund vorausgesetzt, von den meisten Juristen mit Recht — arg. c. 28 X. de test. (2, 20) angenommen wird. Vgl. Sfortia Oddus: Tr. de rest. in integrum II. 76 art. 3 (wo sich Nachweisungen über die ital. Doctrin finden), Mynsinger: Obs. IV. 60 nr. 11, Rulant: Tr. de commissionibus I. 6 c. 2 nr. 14, Gensler a. a. O. IV. S. 132, Bickell S. 172, Linde II. S. 724. A. M. ist das Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert: Archiv IX. 231. — Daß endlich auch die Eidesdelation zu den mittelst der Restitution nachzubringenden Beweismitteln gehöre, namentlich wenn sie wegen des instructionswidrigen Benehmens des Anwalts oder der minor aetas versäumt worden ist, unterliegt keinem Bedenken. Vgl. Bickell S. 173, Linde II. S. 723.

13) Z. B. Interposition und Introduction der Appellation, Bitte um Actenadjunction u. s. w.

14) Nach Vis. A. von 1533 §. 5, K. G. O. von 1555 III. 52, Conc. von 1613 III. 62 §. 1 soll die Restitution gebeten werden „aus rechtmäßigen erheblichen Ursachen."

15) So bestimmen die Beziehung der nachzuholenden Angriffsmittel auf die bisherigen Verhandlungen und den erforderlichen inneren Zusammenhang beider Roding: Pand. camer. III. 60 §. 10, Riedesel a. a. O. §. 58, Gönner III. 66 §. 11, Gensler IV. S. 133, Bickell S. 174 fg., Linde II. S. 716 fg., Erk. des O. A. G. zu München bei Seuffert I. 386.

15a) L. 1 C. si adv. rem. jud. (2, 27) vgl. mit den Stellen des §. 47 Note 15b.

tracht.[15b] Demnach hat die Verletzung zwar zunächst ihren Sitz in dem zu rescindirenden Urtheil, mittelbar aber in dem eignen Verhalten des Imploranten.

Dieses Verhalten aber ist an sich schon verletzend, da es ein nachtheiliges Urtheil zur Folge haben muß. Es kann daher auch direct angefochten werden, bevor noch seine Consequenzen durch ein der Rechtskraft fähiges Erkenntniß gezogen worden sind.[16] Die Restitution hat dann zwar dieselbe Grundlage, jedoch eine andere Richtung, und ist, weil gegen kein Urtheil gerichtet, als eigentliches Rechtsmittel selbst dann nicht zu betrachten, wenn etwa ein Urtheil in der Mitte liegt, welches (wie die auf Grund einer confessio in jure ergangene declaratorische Sentenz, die declaratio contumaciae, declaratio appellationis desertae) den Eintritt des fraglichen Nachtheils lediglich constatirt und mit seiner Voraussetzung von selbst hinwegfällt.[17]

Gleich jeder anderen Restitution[18] aber verlangt die processualische Restitution außer der Läsion einen Restitutionsgrund (justa causa), d. h. einen Umstand, welcher, nachdem er die Läsion herbeigeführt, hinwiederum den Richter veranlaßt, aus Billigkeitsrücksichten dieselbe aufzuheben. In dieser Hinsicht sind im Ganzen die Bestimmungen des R. R. auch für den heutigen Proceß maaßgebend, und bekanntlich unterscheidet das R. R. zwei Arten von Restitutionsgründen, die minor aetas einerseits — restitutio minorum —, und gewisse, den majores zu Gebot stehende Restitutionsgründe andrerseits — restitutio majorum —. Wichtiger aber ist im Proceß ein anderer, durch die Beziehung der Restitutionsgründe auf die processualischen Nachtheile bestimmter Unterschied. Es finden nämlich

a. einige derselben sowohl da Statt, wo die Verletzung ihren Sitz in einer nachtheiligen Handlung, als da, wo sie ihn in einer Unterlassung hat, nämlich die Minderjäh-

15b) Andere Beispiele finden sich in den Noten 72—78.

16) Vereinzelte Beispiele kommen schon im R. und C. R. vor. Vgl. l. 8 D. de in int. rest. (4, 1), l. 7 §. 11, l. 9 §. 2 D. de minor. (4, 4), — c. 3, 7 X. de rest. (1, 41), c. 4 X. de exc. (2, 25), c. 2 in VI. de rest. (1, 21).

17) Vgl. Gensler IV. S. 116, Bickell S. 129, Linde II. S. 682, Erk. des O. A. G. zu München bei Seuffert I. 383, Erk. des O. A. G. zu Lübeck das. II. 346.

18) Im Allgemeinen wird hierbei auf Savigny VII. §. 320—332 Bezug genommen.

rigkeit und das von der Praxis als Restitutionsgrund anerkannte Versehen des processualischen Vertreters.

Die Minderjährigkeit, auf welche sich nach R. R. auch die Gemeinden,[19] nach C. R. die Kirchen und kirchlichen Institute,[20] und nach einer weit verbreiteten, jedoch ungerechtfertigten Praxis alle juristischen Personen und insbesondere auch der Fiscus,[21] nach Handelsgebrauch nicht aber minderjährige Kaufleute in Handelsgeschäften[21a] sollen berufen können, ist in der vorliegenden Anwendung nicht ausgezeichnet, und unrichtig ist namentlich die Meinung, daß sie zur Restitution selbst da berechtige, wo eine an sich auf die Appellation hinweisende Beschwerde vorliege.[22]

Daß andrerseits auf Grund eines Versehens des processualischen Vertreters, dessen Insolvenz vorausgesetzt, sowohl gegen nachtheilige Unterlassungen, wie gegen nachtheilige Handlungen um Restitution gebeten werden dürfe, ist nach einer constanten Praxis keinem Zweifel unterworfen.[23] Das R. K. Gericht aber hat weiter angenommen, daß wenn der Vertreter zu den öffentlich angestellten Procuratoren (oder Advocaten) gehöre, auf seine Insolvenz wenigstens bei Termins- und Fristversäumungen Nichts ankomme, indem es sich in einem ausführlich motivirten

19) Genau genommen nur die respublica, d. h. die städtische Gemeinde, der aber die Dorfgemeinden und andere politische Corporationen gleichzustellen sind. Vgl. l. 4 C. quibus ex causis (2, 54): „Respublica minorum jure uti solet, ideoque auxilium restitutionis implorare potest.“ Vgl. auch l. 78 §. 1 D. de leg. II. (31, 1), l. 9 D. de appell. (49, 1), l. 1 C. de off. ejus (1, 50), l. 3 C. de jure reipl. (11, 29) und dazu Burchardi a. a. O. S. 257, Savigny VII. S. 160.

20) C. 1, 3, 6 X. de in int. rest. (1, 41), c. 11 X. de reb. eccl. (3, 13). Vgl. auch c. 2, 5, 7, 10 X. de in int. rest. (1, 41), c. 1, 2 in VI. eod. (1, 21).

21) Vgl. Glück: Comm. V. §. 465 und die daselbst, so wie die bei Burchardi a. a. O. S. 259 Note 17, 18 und S. 263 Note 30 Citirten. Dagegen s. Burchardi S. 259 fg. und Savigny VII. S. 160, 161. Am ehesten verdient der Fiscus Berücksichtigung, dessen auf l. 1 C. de sent. adv. fisc. (10, 9) beruhendes besonderes Privilegium, binnen 3 Jahren gegen nachtheilige Urtheile auf Restitution (retractatio) bringen zu dürfen, zufolge jener Praxis in Vergessenheit gerathen ist.

21a) Vgl. das Erk. des R. O. H. G. bei Seuffert: Archiv. XXVI. 256.

22) Diese Meinung wird auf l. 42 D. de minor. (4, 4): „Quod enim appellatio interposita majoribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores“ — gegründet, und z. B. von Bickell S. 127 Note 13 (vgl. auch Canngiesser: Decis. Cassel. IX. d. 247) und, wie es scheint, selbst von Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 716 Note 29 vertreten. Jene Stelle erklärt sich aber aus der nach R. R. dem Appellanten zustehenden Befugniß, in der Appellationsinstanz ohne Restitutionsgrund nova vorzutragen.

23) S. §. 10 Note 38, sowie §. 11 Note 23, 24.

dubium camerale vom 19. Mai 1786[24] nicht bloß auf die Praxis verschiedener Territorialgerichte und eigene frühere Entscheidungen,[24a] sondern vorzugsweise darauf beruft, daß die Wahl eines solchen Procurator dem Mandanten nicht zum Vorwurf gereiche. Und diese Ansicht, obwohl vom Reichstage niemals bestätigt,[25] ist wohl nicht ohne Einfluß der ihr zur Seite stehenden inneren Gründe für den R. H. Rath,[25a] für viele Territorialgerichte,[25b] und insbesondere auch für die Doctrin[26] von maaßgebender Auctorität geworden. Dabei bleibt freilich der Zweifel, ob die unterlassene Benutzung einzelner Angriffsmittel und die Vornahme nachtheiliger Handlungen eben so zu beurtheilen seien. Das erwähnte dubium camerale spricht dies nicht aus. Da jedoch seine Gründe im Ganzen auf alle durch das Versehen des Anwalts der Partei zugefügten Nachtheile passen, so erfordert die Consequenz auch für alle die gleiche

---

24) Abgedruckt bei Bergmann: Corp. jur. jud. S. 484 fg.

24a) Ueber die ältere Doctrin geben Aufschluß Danz: Grundsätze §. 43 i., Glück: Commentar VI. S. 48 Note 74—76. Sie sprach sich theils für, theils gegen das Erforderniß der vorgängigen Ausklagung (Discussion) des Anwalts aus.

25) Vgl. Reuß: Beiträge zur neuesten Geschichte des reichsgerichtlichen Verfahrens III. S. 194 fg.

25a) Nach Gönner: Handbuch I. 22 §. 4, Martin: Vorlesungen I. S. 451. Das Gegentheil berichtet Schmelzer: Contumacialproceß der höchsten R. G. S. 105.

25b) Daß man bei den reichsständischen Gerichtshöfen mit Ertheilung der Restitution gegen versäumte Termine willfährig sei, ohne die Parteien an die actionem mandati zu verweisen, und daß auch in einigen reichsständischen Gerichtsordnungen die Ansicht Derer Aufnahme gefunden habe, welche „ohne vorgängige Discussion des säumigen Anwalts oder Advocaten" die Restitution ertheilen wollten, wird schon von jenem dubium camerale bezeugt. Abweichend blieb jedoch mit Rücksicht auf den Cod. jur. Bavar. jud. VII. 10 die Praxis in Baiern nach Bayer: Vorträge S. 344, während die sächsischen Gerichte — vgl. Biener: Syst. proc. jud. I. §. 35 not 10 mit den Entsch. des O. A. G. zu Dresden bei Seuffert: Archiv XII. 329 — und das O. A. G. zu Jena — vgl. Kori im Arch. für civ. Pr. V. S. 399 und das Erk. von 1818 bei Seuffert XVII. 191 mit den Erk. von 1856 das. XII. 330 und Heimbach: Lehrb. des sächs. bürg. Pr. I. §. 46—51 — ihre abweichende Meinung neuerdings anscheinend aufgeben.

26) Vgl. Danz: Grundsätze §. 43 i., Klein: Merkw. Rechtsfälle der J. F. in Halle I. 43, Glück: Commentar VI. S. 49, Gönner: Handbuch I. 22 §. 4—6, Grolman: Theorie §. 65 a. E., Gensler a. a. O. (Note *) IV. S. 116 fg., Linde: Abhandl. I. S. 147 fg., Schmid: Handbuch I. S. 268, Bayer: Vorträge S. 345, Osterloh: Lehrbuch §. 165 Note 22, Keller: Pandecten §. 108, Heinzerling a. a. O. S. 117 fg. S. 148 fg. Note 7. A. M. sind Martin: Vorlesungen I. §. 4 unter VI., §. 82 unter I. und Sartorius in der Zeitschr. für C. R. und Pr. N. F. I. S. 175 aus Gründen, welche allerdings die formelle Auctorität jenes dubium camerale für die Territorialgerichte mehr als zweifelhaft machen, die Bedeutung desselben als eines vom höchsten Gericht Deutschlands ausgegangenen Präjudizes aber, und seinen thatsächlichen Einfluß auf Doctrin und Praxis keineswegs zu beseitigen vermögen.

Behandlung,[26a] — wobei es übrigens keinen Unterschied machen kann, ob bereits ein rechtskräftiges Erkenntniß in der Mitte liegt, oder nicht.[27] Ohnehin ist der Gegner gegen den Mißbrauch dieser Restitution zur Genüge gesichert. Nicht bloß muß der Implorant selbst frei von eigenem Verschulden sein,[28] sondern es muß insbesondere auch der Anwalt entweder geradezu im Widerspruch mit der ihm ertheilten Instruction gehandelt oder nicht gehandelt, oder doch wenigstens ohne Instruction zum Nachtheil seiner Partei Handlungen, zu denen er einer besonderen Instruction bedurft hätte, (z. B. Geständnisse) vorgenommen, oder Handlungen, zu denen eine besondere Instruction nicht nöthig gewesen, (z. B. die Interposition der Appellation) unterlassen haben.[29] Auch wird die Restitution gegen solche Nachtheile nicht ertheilt, welche auf bloße Rechtsunkunde oder eine mangelhafte Berathung des Anwalts zurückzuführen sind,[30] und der des Versehens schuldige Anwalt stets in eine angemessene Disciplinarstrafe genommen.[31]

26a) Hiermit stimmen theils ausdrücklich, theils nach der Allgemeinheit ihres Ausdrucks zu urtheilen, alle im Eingang der vorigen Note genannten Schriftsteller mit Ausnahme Grolman's a. a. O. §. 65 Note 6 überein, unter Beifügung einer treffenden Begründung namentlich Gönner a. a. O. I. 22 §. 7. Was die Praxis anbelangt, so haben sich für die beschränktere Anwendung ausgesprochen die O. A. Gerichte zu Celle und zu Lübeck nach Seuffert: Archiv IX. 232, XII. 329, für die Ausdehnung dagegen das O. A. Gericht zu Oldenburg nach dems. VI. 296, sowie in eigenthümlicher Vermittelung das O. A. G. zu Cassel nach Bickell a. a. O. S. 154, 161, 168, und zu dieser Ansicht bekennen sich auch die Entscheidungsgründe eines (nach der Decisive übrigens auf eine Fristversäumniß bezüglichen) Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert XII. 330.

27) Erk. des O. A. G. zu Oldenburg bei Seuffert VI. 296, Bickell S. 159.

28) Gönner a. a. O. I. 22 §. 7, Gensler a. a. O. IV. S. 116, Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert XII. 330, und besonders Bickell S. 156, 157, 160, 168. Vgl. auch Bülow und Hagemann: Pract. Erört. VI. S. 62.

29) Vgl. hierüber Bickell S. 156, 157, 160, 168.

30) Bickell S. 159, 160 Note 57, Osterloh: Der ordentliche Proc. nach sächs. R. 4. Aufl. I. S. 358. Jedoch nehmen die O. A. Gerichte zu Darmstadt (Seuffert VIII. 340, Heinzerling a. a. O. Belege S. 111 fg.) und Lübeck (Seuffert XII. 329) an, daß der Rechtsirrthum des Anwalts bei der Versäumung von Fristen mit der Fahrlässigkeit auf gleicher Linie stehe, da es weder für die Partei, noch auch für den Effect einen Unterschied mache, wodurch die Versäumung veranlaßt worden sei.

31) Die Reichsgesetze hatten schon früher gegen die in Einhaltung der Termine säumigen Anwälte Geldstrafen, temporäre oder gänzliche Absetzung, und Vergütung der Gerichts- und Verzugskosten angedroht. Vgl. K. G. O. von 1555 III. 37, 39, 41 §. 2, 50 §. 7, J. R. A. §. 85, Vis. A. von 1713 §. 51, Vis. Mem. Adv. et Proc. ejusd. a. §. 6, 9. Hierauf verweist das dub. cam. vom 19. Mai 1786. Vgl. dazu Gönner I. 22 §. 8. Natürlich muß dieser Strafe wegen der Anwalt gehört werden; jedoch darf er, wie man annimmt, das Restitutionsgesuch nicht selbst einreichen, vielmehr muß dazu die Partei per-

b. Eine zweite Classe von Restitutionsgründen beschränkt sich auf Nachtheile, welche aus Unterlassungen entsprungen sind. Dahin gehören die Abwesenheit und die dieser gleichstehenden Verhinderungen.

Die Abwesenheit kann, um als Restitutionsgrund zu dienen, eben so wohl auf Seiten des Imploranten, als auf Seiten des Gegners gedacht werden. Indeß ist die Abwesenheit des Gegners auf dem Gebiet des Processes kaum geeignet, einen Nachtheil zu erzeugen,[32] und sie wird daher hier nur erwähnt, weil ihr die Fälle zugeordnet sind, in welchen eine Partei durch den bösen Willen oder die Nachlässigkeit des Richters an der Vornahme einer Handlung verhindert worden ist.[33] Die Abwesenheit des Imploranten aber sollte nach der ursprünglichen Fassung des Edicts nicht überall, sondern nur da als Restitutionsgrund gelten, wo sie in gerechter Furcht,[34] im Dienste des Staats,[35] in irgend einer Art von Gefangenschaft,[36] oder, was heut zu Tage nicht mehr vorkommt, im Zustand factischer Sclaverei ihren Grund hatte.[37] Durch eine ergänzende Vorschrift (clausula generalis) jedoch wurde die Restitution allen in gleicher oder ähnlicher Lage Befindlichen („item si qua alia mihi justa causa esse videbitur") eröffnet,[38] und es können sich ihrer nunmehr die Abwesenden schlechthin, auch wenn sie freiwillig abwesend sind, bedienen.[39] Nur wird dabei vorausgesetzt, daß sie ohne ihre Schuld keinen Procurator haben, sei es weil sie einen solchen nicht haben bestellen können, was natürlich im Fall der nothwendigen Abwesenheit leichter angenommen wird, oder weil der bestellte Procurator demnächst weggefallen, z. B. ver-

---

sönlich oder durch einen neuen Anwalt schreiten. Vgl. Martin: Lehrbuch §. 82 Note d und die daselbst Citirten.

32) Vgl. über diesen Fall Savigny VII. §. 328.

33) L. 1 §. 1, l. 26 pr., §. 4—7 D. ex quibus causis majores (4, 6).

34) Metu absentes — l. 1 §. 1, l. 2 §. 1, l. 3 D. eod. —

35) Reipublicae causa sine dolo malo absentes — l. 1 §. 1, l. 4, 5 pr., l. 33 §. 1, 2, l. 34 §. 1, l. 35 pr. §. 3—6, l. 36, 38 pr. D. eod. —

36) Qui in vinculis sunt — l. 1 §. 1, l. 9, 10 D. eod. —, qui in hostium potestate sunt — l. 14, 15 pr. §. 1 D. eod. —

37) Qui in servitute sunt — l. 1 §. 1, l. 11, 12, 13 D. eod. —

38) L. 1 §. 1 D. eod. Exemplificationen finden sich in l. 8, 26 §. 1, 9, l. 28 pr. §. 1, l. 33 pr., l. 35 §. 1, 2, l. 40 §. 1, l. 42, 45 pr. D. eod., l. 1 C. eod. (2, 54), l. 1, 2 C. de ux. mil. (2, 52).

39) Ueber die Frage, ob die Nothwendigkeit der Abwesenheit, wie l. 26 §. 9 D. ex. qu. c. maj. (4, 6) zu sagen scheint, und ihre Löblichkeit in Betracht komme, was Manche wegen l. 28 pr. D. eod. behauptet haben, vgl. Savigny VII. S. 174, 175, welcher Beides in Abrede stellt.

storben ist (indefensi).[40] Haben sie einen Procurator bestellt, oder die Bestellung leichtsinniger Weise versäumt (defensi), so liegt der Grund des etwa eingetretenen Nachtheils in etwas Anderem als in der Abwesenheit, dort in dem pflichtwidrigen Verhalten des Procurator (es wäre denn eine Handlung versäumt worden, welche, wie die Ableistung eines Eides, durch den Procurator nicht vorgenommen werden konnte[41]), hier im eigenen Verschulden.[42] Jene Erweiterung aber wird ferner auch auf solche Personen bezogen, welche nicht sowohl durch ihre Abwesenheit, als durch sonstige Umstände an der Geltendmachung ihrer Rechte verhindert worden sind, z. B. durch den Tod, auf welchen sich die Erben berufen können,[43] oder durch den Mangel des Bewußtseins, an welchem die Wahnsinnigen,[44] die juristischen Personen und die Irrenden leiden.[45]

Daß insbesondere auch wegen entschuldbaren Irrthums gegen die Unterlassung einer Handlung, zu welcher die Kenntniß

40) L. 28 pr. D. eod. [„— forte procuratore suo defuncto"], l. 57 D. mand. (17, 1). Außerdem vgl. l. 15 pr. [nach welcher dem ab hostibus captus die Restitution verliehen wird, selbst wenn für sein Vermögen ein curator bestellt sein sollte], l. 26 §. 1 D. ex qu. c. maj. (4, 6), l. 1 C. eod. (2, 54), l. 4 C. de proc. (2, 13).

41) Vgl. Bickell a. a. O. S. 149 Note 31.

42) L. 39 D. ex qu. c. maj. (4, 6) [„Is qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum restitui volens non audietur"], l. 26 §. 1 D. eod., l. 20 pr. D. de minor. (4, 4), l. 10 C. de proc. (2, 13). Ueber die in l. 8 D. de in int. rest. (4, 1) [vgl. mit l. 1 §. 15 D. quando appell. (49, 4)] enthaltene Modification s. §. 10 Note 36. Ganz isolirt steht l. 26 §. 9 D. ex qu. c. maj. (4, 6), in welcher Ulpian referirt, es sei oftmals von den Kaisern ausgesprochen worden, daß der Abgeordnete einer Stadtgemeinde restituirt werde, „sive habuit procuratorem, sive non." Die gemachten Vereinigungsversuche hat Burchardi S. 168 fg. zusammengestellt. Das Richtige möchte sein, daß Ulpian durch den mit „sive" beginnenden Zusatz, welcher dem vorausgegangenen Referat nicht mehr angehört, nur ausdrücken will, daß die kaiserlichen Rescripte über den fraglichen Punct in concreto hinweggegangen seien. Im Uebrigen vgl. Savigny VII. S. 176 fg. — Daß nach der Praxis auch demjenigen, welcher einen Procurator gehabt hat, unter Umständen Restitution ertheilt werde, jedoch nicht propter absentiam, sondern ex culpa procuratoris, wurde schon oben bemerkt.

43) L. 86 pr. D. de acqu. hered. (29, 2). Eine Anwendung findet sich in §. 6 Note 6.

44) L. 124 §. 1 D. de R. J. (50, 17): „Furiosus absentis loco est." Die l. 22 §. 2 D. ex qu. c. maj. (4, 6): „Quod edictum etiam ad furiosos et infantes et civitates pertinere, Labeo ait —" bezieht sich auf den Fall, wo die Geltendmachung eines Rechts erschwert oder unmöglich gewesen ist, weil der Gegner zu den bezeichneten Personen gehört, kann jedoch analog auch auf den vorliegenden Fall angewandt werden. Vgl. Savigny VII. §. 324 a. E., 328 a. E.

45) Hiermit sollen jedoch nur Beispiele gegeben sein. Namentlich können auch die in den Citaten des §. 49 Note 118 angeführten Umstände möglicher Weise einen Restitutionsgrund abgeben.

der nicht gewußten Thatsache hätte veranlassen sollen, die Restitution ertheilt werde, unterliegt keinem Zweifel.[46] Einer genaueren Feststellung aber bedarf der Umfang dieser von den Neueren sogenannten restitutio propter nova reperta,[47] da die eigenthümlichen Schwierigkeiten, welche der Beweis des Irrthums oder Nicht-Wissens als einer inneren und zugleich negativen Thatsache bietet, in mehr als einer Beziehung vom geraden Weg abgeführt haben.

Zunächst spricht sich das R. R. nicht klar darüber aus, ob wegen Irrthums auch gegen rechtskräftige Endurtheile restituirt werden dürfe. Während es nicht an Beispielen für die Zulassung einer solchen Restitution fehlt,[48] scheinen sich kaiserliche Rescripte mit großer Entschiedenheit dagegen zu erklären.[49] Genauer betrachtet aber sagen diese Rescripte doch nur, daß unter dem Vorgeben („sub specie," „sub obtentu, „velamento") neu aufgefundener Urkunden nicht restituirt werden solle.[50] Sie verlangen mithin den Beweis des Nicht-Wissens, und deuten zugleich an, daß dieser höchst selten gelingen werde. Jedenfalls be-

---

46) Im Allgemeinen wird der Irrthum als Restitutionsgrund genannt von Paulus: R. S. I. 7 §. 2 und in l. 2 D. de in int. rest. (4, 1). In der besonderen Anwendung des Textes aber kommt er vor bei Gaius IV. 125 (mit der Ergänzung von Huschke in der Zeitschr. für gesch. R. W. XIII. S. 315) und in l. 7 D. de in int. rest. (4, 1), l. 3 §. 31 de S. C. Silan. (29, 5), l. 15 §. 5 D. quod vi (43, 24). Vgl. dazu Puchta: Pandekten §. 104 Note cc.

47) Auch wohl restitutio ex capite novorum genannt. Diese Bezeichnungen sind jedoch sehr unpassend, weil nova überall vorgetragen werden, wo der Grund der Verletzung in einer Versäumung liegt, mag man sich auf die minor aetas, die Abwesenheit oder auf den Irrthum berufen.

48) L. 7 pr. D. de in int. rest. (4, 1), l. 31 D. de jurejur. (12, 2), l. 1 C. de jur. et facti ign. (1, 18). Vgl. auch Gai. IV. 125. Die l. 27 D. de exc. rei jud. (44, 2) berührt die vorliegende Frage, spricht sich aber nicht über sie aus, und wenn die l. 35 D. de re jud. (42, 1) ein Rescript der Kaiser Antoninus und Verus anführt, nach welchem „sub obtentu novorum instrumentorum" gegen ein Endurtheil „ex causa" Restitution „in negotio publico" ertheilt werden soll, so ist wohl an eine von einer respublica (Note 19) erbetene Restitution zu denken, was mit den geschichtlich feststehenden Thatsachen (vgl. Burchardi S. 257, 258) recht gut in Einklang stehen würde, da bereits Severus Alexander in l. 3 C. de jure reipublicae (11, 29) die Restitution der Stadtgemeinden ein Gewohnheitsrecht nennt.

49) L. 35 D. de re jud. (42, 1) [— „quanquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat" —], l. 4 C. de re jud. (7, 52) [„Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas restaurari, exemplo grave est"], l. 7 C. de jur. et facti ign. (1, 18), l. 2 C. sent. rescindi non posse (7, 50) [deren erster Theil von der Restitution der Minderjährigen handelt, während sich der zweite auf die majores bezieht].

50) Vgl. Linde: Handbuch II. S. 695.

festigte sich bei den Italienern, obschon das C. R. keine Aenderung getroffen hatte,[51] mehr und mehr die Ansicht, daß die Restitution wegen Irrthums ex generali clausula überall auch gegen Endurtheile zu ertheilen sei.[52] Und diese Ansicht ging demnächst mit dem R. R. auch nach Deutschland über.[53]

Nunmehr aber trat das Bedürfniß ein, sich mit der oben hervorgehobenen Schwierigkeit des Beweises in irgend einer Weise auseinander zu setzen. In Betreff der vor dem rechtskräftigen Endurtheil nachgesuchten Restitution ließ sich derselben schon nach allgemeinen Grundsätzen dadurch begegnen, daß man dem Implo-ranten gestattete, sein Nicht-Wissen mit einem Calumnieneide darzuthun, was sowohl das C. R.,[54] als die Reichsgesetze[55] anerken-

51) Der Inhalt der in der Note 49 citirten Stellen wird einfach wiederholt in c. 20, 21 X. de sent. et re jud. (2, 27). Das c. 10 X. de in int. rest. (1, 41) handelt von der Zulässigkeit einer wiederholten Bitte um Restitution aus neuen besseren Restitutionsgründen [„nisi novis defensionibus ad hujusmodi beneficium admittenda"]. Vgl. l. 3 C. si saepius in int. rest. post. (2, 44) und dazu Gensler a. a. O. IV. S. 124 fg.

52) Die älteren Juristen sind noch ganz dagegen. So Azo in Summa ad tit. C. de re jud. nr. 5, Accursius in gl. Sub specie] und gl. grave est] ad l. 4 C. eod., Tancredus: Ordo judic. IV. 1 §. 6. Auch Innocentius ad c. 55 X. de test. nr. 2, welchen man wohl als Auctorität für den obigen Satz angeführt hat, handelt nicht von unbekannten Zeugen, sondern von abwesenden, eben so Durantis II. 3 de exsec. sent. §. 6 nr. 7 und Cinus ad l. 1 D. de cond. indeb. nr. 4 nicht von unbekannten, sondern von verlornen Urkunden, und in gleichem Sinn ist Bartolus ad l. 1 C. de sent. adv. fiscum zu verstehen, welcher ad l. 35 D. de re jud., ad l. 4 C. eod. und besonders ad l. 7 C. de jur. et facti ign. nr. 11 die Restitution gegen Unterlassungen, die auf Unkenntniß beruhen, nach dem Endurtheil ausdrücklich für unstatthaft erklärt. Hierüber gehen auch noch Baldus ad l. 19 C. de transact. nr. 5, ad l. 1 C. de cond. ind. nr. 13, ad l. 4 C. de re jud., Joa. Andreae in add. ad Dur. II. 2 de instr. edit. §. 3 nr. 10, II. 3 de execut. sent. §. 6 nr. 7, Fel. Sandeus ad c. 21 X. de sent. et re jud. nr. 15 und Andere nicht hinaus. Allerdings aber verbreitete sich im 15. sec. die Ansicht, daß neu aufgefundene Beweismittel auch dann gegen das Endurtheil zur Geltung gebracht werden könnten, wenn sie der besiegten Partei unbekannt gewesen seien, indem die justa et probabilis ignorantia ex clausula generali den Restitutionsgrund abgebe. Und diese Ansicht, für welche man sich unbedenklich auch auf die oben genannten Juristen berief, erlangte bald das Ansehen einer communis opinio doctorum. Vgl. Alex. Tartagnus ad l. 35 D. de re jud. nr. 4, 8, Consilia II. 169 nr. 15, III. 69 nr. 5, Paulus de Castro ad l. 4 C. de re jud., Raph. Fulgosius: Cons. 64 in f., Jason de Mayno ad l. 35 D. de re jud. nr. 12, Barth. Socinus: Consilia II. 194 nr. 4, IV. 66 nr. 9, Boërius: Decis. 307, Mauricius: Tr. de in int. restitutione c. 389, Sfortia Oddus: Tr. de rest. in int. II. 73 art. 3. Meinungsdifferenzen bestehen übrigens auch unter diesen späteren Juristen fort; sie hier aber zu verfolgen, würde ohne Interesse sein.

53) S. Note 55 und 56.

54) C. 31 X. de test. (2, 20), c. 4 X. de exc. (2, 25), c. 4, 8 in VI. de elect. (1, 6) und dazu die in §. 29 Note 19 Citirten.

55) R. G. O. von 1496 tit. 12 §. 8, von 1500 tit. 37 §. 1, von 1508

nen, die letzteren insbesondere durch die Vorschrift, daß (der vor dem J. R. A. geltenden Regel zuwider) die gegen das Urtheil einer Austrägalinstanz gerichtete Appellation vermittelst neuer Thatsachen und Beweismittel nicht solle begründet werden dürfen, — es wäre denn, daß Appellant die frühere Unkenntniß derselben eidlich erhärten würde.[56] Wider rechtskräftige Endurtheile und die sich auf diese stützenden Rechtserwerbe dagegen konnte an sich auf Grund einer bloßen Bescheinigung die Restitution nicht ertheilt werden.[57] Gleichwohl veranlaßte der Mangel anderer ausreichender Beweise die Praxis, und zwar schon die italienische, sich über die ratio juris hinwegzusetzen, und den Calumnieneid auch hier für genügend zu erklären.[58] Ja sie beschränkte sich nicht einmal darauf, sondern gab der Eidesformel und mit dieser der Restitution selbst — freilich erst in späterer Zeit — sogar eine ungebührliche Erweiterung. Nachdem nämlich der J. R. A. §. 73, 118 die Begründung der Appellationsbeschwerden durch nova allgemein von der Ableistung eines Calumnieneides abhängig gemacht, jedoch der bisherigen Unbeschränktheit des beneficium novorum entsprechend eine Clausel in denselben eingefügt hatte, welche dem Appellanten erlaubte, auch solche nova nachzubringen, die er damalen (in erster Instanz) für undienlich und unnöthig gehalten, übertrug das R. K. Gericht in mißverstandener Consequenz dieselbe Clausel auf den Restitutionseid. Die Gemeinen Bescheide vom 7. Juli 1669 und 7. Juli 1671 formulirten nämlich, ohne zwischen Interlocuten und Endurtheilen zu unterscheiden, den Eid, welchen der für den Imploranten auftretende Procurator unter Vorlegung eines Specialmandats über den Irrthum zu leisten hatte, genauer dahin, daß weder er (der Procurator), noch sein Principal oder dessen Advocat von jetzigem neuen Einbringen vorhero einige Wissenschaft gehabt, oder doch solches zu der Sache dienlich zu sein vermeinet habe, sondern nunmehr

tit. 4 §. 2, von 1555 III. 27 §. 2, Conc. von 1613 III. 30 §. 1, J. R. A. §. 78.

56) K. G. O. von 1521 tit. 34 §. 12, von 1555 II. 6 §. 1, Conc. von 1613 II. 6 pr. Diese Anwendung der Restitution und des Restitutionseides hatte ihr Vorbild in c. 4 in VI. de elect. (1, 6).

57) S. Note 113.

58) Vgl. Bartolus ad l. 31 D. de jurejur. nr. 4, Baldus ad eand. l. nr. 9 — s. jedoch Note 52 —, Barth. Socinus: Cons. II. 194 init., Sfort. Oddus l. c. I. 38 art. 1, II. 76 art. 5, sodann Hartmann Hartmanni: Pract. Obs. XVII. 3, Brunnemann ad l. 31 D. de jurejur. nr. 19, ad l. 35 D. de re jud. nr. 7.

das remedium restitutionis in integrum gegen die ausgesprochenen Urtheile Platz zu haben und hierzu die Sache von Rechtswegen ohne Wiederholung desjenigen, so allbereit in facto et jure vorkommen, genugsam qualificirt zu sein erachte. In dieser Neuerung lag offenbar ein großer Mißgriff. Es wurde nicht nur die unrichtige juristische Beurtheilung, welche dem error facti allerdings gleichsteht, sondern im Erfolg auch der Rechtsirrthum zum Restitutionsgrund erhoben, und zudem dem Richter unmöglich gemacht zu unterscheiden, ob der Implorant und sein Anwalt, als sie an rechter Stelle das neue Vorbringen für undienlich erachtet, mit der erforderlichen Besonnenheit verfahren seien oder nicht. Sowohl der Rechtsirrthum als die Leichtfertigkeit werden durch jenen Eid gedeckt[59]

Wie der Irrthum ist natürlich auch der dolus (Betrug) zu behandeln. Denn nicht das Unrecht, dessen sich der Betrüger schuldig macht, kommt als Restitutionsgrund in Betracht, sondern der Irrthum, welchen es erzeugt.[60] Nur dadurch ist der dolus von einiger, wenngleich accidenteller Bedeutung, daß er auf den Irrthum schließen läßt, und aus diesem Gesichtspunct wird er selbst dann zu berücksichtigen sein, wenn er von einem Anderen ausgegangen ist, als dem, gegen welchen um Restitution gebeten wird.[61] Beispiele des dolus sind die Bestechung der Zeugen, die Verfälschung der Urkunden, die Prävarication und Anderes.[62]

---

59) Das Verkehrte und Mißliche dieser Erweiterung wird anerkannt von Cramer: Observ. II. obs. 731, Riedesel a. a. O. S. 158 fg., Gönner III. 66 §. 15, Gensler (Note *) IV. S. 129, und particularrechtlich ist sie hier und da ausgeschlossen, z. B. in Baiern durch den Cod. jur. Bavar. jud. XVI. 1, in Hessen nach Bickell a. a. O. S. 116 fg., 169.

60) Dies geht am klarsten hervor aus l. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4, 1): „Nec intra has solum species consistet hujus generis auxilium; etenim et deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, quum etiam de dolo actio competere soleat.“ Vgl. auch Savigny VII. S. 202, der aber (was freilich für die processualische Restitution von keinem besonderen Belang ist) wegen l. 1 D. eod., Pauli R. S. I. 7 § 2 und anderer Stellen den dolus als selbständigen Restitutionsgrund betrachtet.

61) Vgl. die Entsch. des R. O. H. G. in dessen Entscheidungen V. 49. A. M. ist Savigny VII. S. 202.

62) In den Quellen kommen Beispiele dieser Restitution nicht vor. Die l. 25 D. de dolo malo (4, 3) handelt zwar von einer restitutio propter dolum, da in den Schlußworten „nam ex integro agere possum, et si objiciatur exceptio rei judicatae, replicatione jure uti potero“ die Replik als eine Restitution gegen das Urtheil gedacht werden muß. Allein der in dieser Stelle vorausgesetzte dolus hat die getäuschte Gegenpartei nicht zu einer Unterlassung, sondern zu einer nachtheiligen Handlung („eoque modo consecutus es, ut

Hier concurrirt aber mit der Restitution die a. doli, welche sowohl unabhängig von der entsprechenden Criminaluntersuchung, als auf Grundlage derselben zur Verhandlung kommen kann,[63] und obwohl der Restitution darin ähnlich, daß sie zu einer wiederholten Untersuchung der schon entschiedenen Hauptsache führt,[64] in anderen Puncten doch von ihr abweicht. Denn diese Klage geht binnen zwei Jahren auf volle Entschädigung,[65] nachher und zwar ohne eine andere Zeitbeschränkung als die der dreißigjährigen Verjährung,[66] auf Herausgabe des vom Verklagten gezogenen Gewinnes;[67] sie richtet sich aber immer gegen den Betrüger,[68] und ist um deswillen weniger vortheilhaft als die restitutio propter erro-

---

consentiente me absolveneris") verleitet, und fällt daher unter einen anderen Gesichtspunct (Note 79). Ueber l. 18 §. 4 D. eod. vgl. die gl. Dolo] ad h. l., über l. 20 §. 1 D. eod. die gl. Actionem] ad h. l., und über l. 24 D. eod. die gl. Dandam in eum actionem] ad h. l. Die Beispiele des Textes sind den Stellen der Note 64 entlehnt, in denen sie sich jedoch auf die Restitution nicht beziehen. Die Bestechung des Richters gehört nicht hierher, weil sie das Urtheil nichtig macht. Vgl. §. 36 Note 13.

63) Vgl. Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht §. 32.

64) Die Existenz des Schadens läßt sich ohne diese Untersuchung nicht feststellen. Davon handeln Pauli R. S. V. 5a §. 10, l. 75 in med. D. de jud. (5, 1), l. 33 D. de re jud. (42, 1), l. 1 C. de adv. div. judiciorum (2, 7), l. 1 C. de sent. adv. fisc, (10, 9), l. 2—4 C. si ex falsis instr. (7, 58). Auch l. 1 C. eod. vgl. mit l. 11 D. de except. (44, 1) bezieht sich auf diese Verhältnisse. Unrichtig ist die Annahme Burchardi's a. a. O. S. 348, daß das auf verfälschte Beweismittel gestützte Urtheil nichtig sei. Die richtige Erklärung findet sich bei Bethmann-Hollweg a. a. O. II. §. 117. Uebrigens würde man nach jenen Stellen annehmen müssen, der civile Entschädigungsanspruch sei durch die criminelle Verurtheilung bedingt, wie es in der That die Praxis in dem einen Fall der falschen Ausschwörung eines zugeschobenen Eides nach der P. H. G. O. art. 107 hält — vgl. §. 27 a. E. und Planck a. a. O. S. 379 —, wenn nicht die sonst bezeugten Grundsätze des R. R. — s. Note 63 und bes. l. 5, 9, 11, 16 C. ad leg. Corn. de fals. (9, 22) — für das Gegentheil sprächen. Hiermit stimmt auch das C. R. überein. Vgl. c. 6 X. de exc. (2, 25), c. 9 X. de test. (2, 20), c. 1 in VI. de in int. rest. rest. (1, 21) mit c. 9 X. de prob. (2, 19).

65) L. 18 §. 4 D. de dolo malo (4, 3), l. 8 C. eod. (2, 21).

66) Das crimen falsi (querela falsi) ist gleich anderen Verbrechen der 20jährigen Präscription unterworfen — l. 12 C. ad leg. Corn. de falsis (9, 22) —, und eine mißverständliche, eben darum aber auch nicht verbindliche Erwähnung dieser kürzeren Verjährung ist in c. 6 X. de exc. (2, 25) übergegangen. Vgl. Gensler: Commentar II. S. 172, Bayer: Vorträge S. 1104 (die jedoch von unrichtigen Voraussetzungen ausgehen). A. M. sind Linde: Handbuch II. S. 729, Heffter: System §. 471 Note 42. Dafür aber, daß überhaupt über die Restitutionsfrist hinaus in den bezeichneten Fällen eine retractatio sententiae Statt finde, ist außer dem c. 6 X. cit. auch l. 1 C. de sent. adv. fisc. (10, 9), c. 1 in VI. de in int. rest. (1, 21) beweisend.

67) „Id est, quod locupletior esset" — l. 28 D. de dolo malo (4, 3) —, mithin auf dasselbe, was mittelst der Restitution erreicht wird.

68) So muß auch l. 1 C. de adv. div. jud. (2, 7) verstanden werden.

rem, zudem auch in Concurrenz mit dieser nur in subsidium statthaft.[69] Von den besonderen Grundsätzen, welche in Betreff der Anfechtung eines zugeschobenen Eides gelten, ist schon in §. 26 a. E. die Rede gewesen.

Irrthum und Betrug begründen jedoch die Restitution nicht bloß nach Analogie der Abwesenheit (ex clausula generali) gegen Nachtheile, welche aus Unterlassungen erwachsen sind. Sie haben noch eine andere Seite der Anwendung. Einen selbständigen Restitutionsgrund bildet der Irrthum, dem auch hierin der dolus gleichsteht, und ebenso der oben bei Gelegenheit des „metu abesse“[70] schon erwähnte metus.

c. als Motiv nachtheiliger Proceßhandlungen. Das, was die Quellen hierüber sagen, ist Folgendes.

Im Edict hat der Irrthum keine diese Anwendung im Ganzen umfassende Stelle gefunden, vielmehr ist ein Fall ganz singulärer Art Veranlassung zu der einzigen in unseren Quellen über die Restitution wegen Irrthums aufbewahrten Edictsstelle,[71] und wahrscheinlich das Vorbild für alle ähnlichen Fälle geworden. Wenn Jemand gegen einen Unmündigen klagte und dabei irrigerweise gestattete, daß ein falscher Tutor die auctoritas für den Unmündigen interponirte, so war seine Klage consumirt, und doch eine gültige Verurtheilung nicht möglich. Hiergegen versprach der Prätor zu restituiren; er gab dem Kläger die verlorne Klage zurück.[72] In ähnlicher Art wurde die Restitution von den Juristen für begründet erachtet, wo der Kläger wegen irrthümlicher Klagestellung, z. B. wegen pluris petitio abgewiesen worden war,[73] so-

69) L. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4, 1), l. 25 D. de dolo malo (4, 3). Vgl. auch l. 1 §. 6 D. eod. Ueber l. 18 §. 4, l. 20 §. 1 D. eod. s. Note 62. Der Vorzug der Restitution vor der infamirenden a. doli ist Sache der Billigkeit. Er fällt daher ohne Zweifel weg, wenn wegen eines falsi (Note 64) bereits eine criminelle Verurtheilung ausgesprochen worden ist. Auch bleibt nach Ablauf der Restitutionsfrist die a. doli allein übrig.

70) S. Note 34.

71) Vgl. Savigny VII. S. 197.

72) L. 1 §. 1, 6 D. quod falso tut. auct. (27, 6): „Verba autem edicti haec sunt: Quod eo auctore, qui tutor non fuit (gestum erit), si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.“

73) §. 33 I. de act. (4, 6). Vgl. auch Gai. IV. 57. Aehnliche Entscheidungen enthalten l. 2, 11 pr. D. de exc. rei jud. (44, 2), l. 15 D. de O. et A. (44, 7), l. 1 §. 10 D. de peculio (15, 1), l. 4 §. 5 D. quod cum eo (14, 5) verb. „Sed si deceptus [errore add. Hal. — vgl. jedoch auch l. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4, 1)] de peculio egit, putat Celsus, succurrendum ei; quae sententia habet rationem.“

dann wo er durch eine in jure empfangene unwahre Antwort sich hatte bestimmen lassen, gegen einen von mehreren Erben in solidum zu klagen, dessen Insolvenz sich nachher herausstellte.[74] Jedoch kommen andrerseits auch Fälle vor, in welchen der zu beseitigende Nachtheil nicht gerade in der Consumtion einer angestellten Klage lag. So soll unter Voraussetzung eines entschuldbaren Irrthums die Partei restituirt werden, welche von ihrem zur Caution verpflichteten Gegner einen unfähigen Bürgen angenommen,[75] der Kläger, wenn er eine Einrede,[76] der Verklagte, wenn er seine Erbenqualität anerkannt hat,[77] der Erbschaftsgläubiger, der durch die nachgesuchte separatio bonorum in Nachtheil gekommen ist.[78] Was den Irrthum hervorgerufen, ob der dolus[79] oder ein anderer Umstand, ist gleichgültig. Eine Eigenthümlichkeit dieser selbständigen Restitution wegen Irrthums aber ist es, daß sie ausschließlich auf Nachtheile Bezug hat, welche bei Gelegenheit der processualischen Rechtsverfolgung eingetreten sind,[80] daß sie also eben so wie die Restitution wegen Verschuldung des Vertreters eine streng processualische ist.

Wenn ferner Jemand aus Furcht, die durch Drohungen absichtlich erregt worden ist, eine ihm nachtheilige Handlung vorgenommen hat, so wird ihm eine a. quod metus causa und eine exc. metus gegeben, und wo diese ordentlichen Rechtsmittel ausreichen, fällt die Restitution ihrer subsidiären Natur nach hinweg. Nicht überall aber ist jener ordentliche Weg der bequemste und dem Ziel entsprechend, und unter solchen Umständen darf ausnahmsweise auch zur Restitution gegriffen werden. Diese Grundsätze werden im R. R. ohne ausdrückliche Beziehung auf processualische

---

74) L. 18 D. de interrog. in jure (11, 1).

75) L. 8 §. 2 D. qui satisd. cog. (2, 8).

76) L. 25 D. de dolo malo (4, 3), verb. „consentiente me," über welche Stelle Note 62 zu vergleichen ist. Vgl. auch c. 3 X. de conf. (2, 18), c. 2 in VI. de in int. rest. (1, 21) und dazu §. 19 Note 5.

77) L. 11 §. 8 D. de int. in jure (11, 1). Ein verwandtes Beispiel enthält l. 10 §. 10 D. eod.

78) L. 1 §. 17 D. de separat. (42, 6).

79) Arg. l. 25 D. de dolo malo (4, 3), l. 18 D. de int. in jure (11, 1).

80) Nur in der Beschränkung auf irrthümliche Handlungen, (also abgesehen von den Fällen der irrthümlichen Unterlassung — Note 46 —) ist diese zuerst von Francke: Beiträge I. 3 §. 5 gemachte Bemerkung richtig. Hierin beruht das practische Interesse des nach dem Vorgange von Puchta a. a. O. (s. Note 46) hervorgehobenen Unterschieds von Unterlassungen und Handlungen. Auch scheint sich das Bedenken, welches in den Stellen der Note 49 ausgesprochen wird, auf irrthümliche Unterlassungen beschränkt zu haben.

Nachtheile vorgetragen;[81] gerade für sie aber möchte sich speciell die Restitution eignen.

So viel von den Restitutionsgründen.

Der Anspruch auf Restitution nun, welcher aus dem Zusammentreffen eines processualischen Nachtheils und eines Restitutionsgrundes entspringt, ist darum, daß er ein Rechtsmittel ist, von den gewöhnlichen Restitutionsgesuchen noch nicht durchaus verschieden. Insbesondere wird er wie diese vernichtet

1. durch den Verzicht des Verletzten,[82] auch den stillschweigenden, welcher in jeder Handlung gefunden werden muß, mittelst deren der Verletzte, statt um Restitution zu bitten, das Verfahren auf Grundlage der Statt gehabten Verletzung fortleitet, vorausgesetzt, daß der den Restitutionsgrund bildende besondere Zustand nicht mehr fortdauert;[83] ferner

2. durch rechtskräftige Zurückweisung des auf Restitution gerichteten Antrags, dessen Wiederholung jedoch dann statthaft ist, wenn der Implorant einen neuen, bisher nicht geltend gemachten Restitutionsgrund für sich anzuführen hat;[84] endlich

3. durch den Ablauf der vierjährigen Restitutionsfrist. Diese beginnt auch im Processe der Regel nach mit dem Moment, in welchem der die Restitution begründende Zustand aufhört, ohne daß erst das Bewußtsein der erlittenen Verletzung hinzugekommen zu sein braucht.[85] Für die minor aetas also mit dem Eintritt der major aetas,[86] im Falle der venia aetatis jedoch so, daß die Frist niemals vor dem zurückgelegten 25. Lebensjahr abläuft,[87] für die Abwesenheit mit dem Ende der Behinderung,[88] für den Zwang mit

81) Vgl. Savigny VII. §. 330.

82) L. 3 §. 1, l. 20 §. 1, l. 21 D. de minor. (4, 4), l. 1. C. si adv. rem jud. (2, 27), l. 1, 2 C. si major factus (2, 46).

83) Ausgesprochen speciell für die minor aetas in l. 3 §. 2, l. 30 D. de minor. (4, 4), und in den Stellen der vorigen Note. Vgl. Savigny VII. §. 338 unter I. und über den Proceß insbesondere Bickell a. a. O. S. 141.

84) L. 1—3 C. si saepius in int. rest. (2, 44), c. 10 X. de in int. rest. (1, 41). Auch kann der Implorant gegen das die Restitution verweigernde Erkenntniß appelliren — l. 38. D. de minor. (4, 4), l. 1 C. cit. —, und unter den zutreffenden Voraussetzungen sogar gegen die Versäumung der Appellationsfristen, so wie gegen jenes Erkenntniß selbst wieder die Restitution nachsuchen. Vgl. Bickell S. 205, 206.

85) Diese Regel vertheidigt gegen ältere abweichende Ansichten, welche das Bewußtsein für erforderlich hielten, Savigny VII. §. 339.

86) L. 7 pr. C. de temp. in int. rest. (2, 53).

87) L. 5 pr. C. eod.

88) L. 1 §. 1 D. ex quib. caus. maj. (4, 6), l. 7 §. 1 C. de temp. in int. rest. (2, 53).

dem Aufhören des bedrohenden Einflusses, und nur für den Irrthum und das Versehen des processualischen Vertreters naturgemäß mit dem Moment der erlangten Kenntniß. Ausnahmsweise aber wird der Anfang des Fristenlaufs durch die Verletzung bestimmt, nämlich für die juristischen Personen, welche als solche, d. i. eines immerwährenden Zustandes wegen, den Minderjährigen gleichgestellt sind,[89] sofern sie sich auf diesen Zustand und nicht auf einen sonstigen Restitutionsgrund, z. B. den Irrthum berufen.[90] Das Maaßgebende ist dann die Handlung oder Unterlassung des Imploranten, welche die eigentliche Ursache des erlittenen Nachtheils ist, nicht etwa das nachfolgende oder irgend ein späteres Erkenntniß.[91] In diesem Falle wird nun auch, da sich der Zeitpunct der Läsion aus den Acten ersehen läßt, ein besonderer Beweis darüber, ob die Restitutionsfrist gewahrt sei, nicht erfordert. Dagegen gilt bei dem regelmäßigen Beginne der Frist ein Gleiches nur dann, wenn seit der Läsion vier Jahre noch nicht abgelaufen sind. Wird die Restitution später erbeten, so kann es zwar vorkommen, daß die Versäumung der Frist schon durch den Inhalt des Gesuches, oder daß die Einhaltung derselben durch den Beweis des Restitutionsgrundes festgestellt wird. Hiervon abgesehen aber trifft wie bei der Klagenverjährung die Beweislast den Imploraten.[92] Jedoch in nicht ganz strenger Durchführung. Wo der Beweis des Restitutionsgrundes dem Imploranten durch die Zulassung des Calumnieneides erleichtert ist, wird dieser Eid billiger Weise auf diejenige Thatsache ausgedehnt, mit welcher die Frist zu laufen beginnt. An die Bestimmung des R. und C. R. aber, nach welcher innerhalb der vierjährigen Frist der Restitutionsproceß nicht bloß angefangen, sondern auch vollendet werden soll,[93] hält sich die Praxis nicht.[94] Wogegen nach den Reichsgesetzen für Restitutionen contra lapsum fatalium aut alius termini praejudicialis dem Imploranten nicht

89) C. 1, 2 in VI. de in int. rest. (1,21), c. 1 Clem. eod. (1,11). Ueber den Umfang dieses Restitutionsgrundes vgl. jedoch Note 19—21.

90) Vgl. c. 1, 2 fin. in VI. eod. und dazu Savigny VII. S. 250, 251.

91) C. 2 in VI. eod.: „intra quadriennium ab ipsius confessionis tempore computandum.“ Vgl. dazu das Erk. des O.A.G. zu Jena bei Seuffert: Archiv X. 320.

92) Ausdrücklich ausgesprochen in l. 4 C. de in int. rest. min. (2, 22).

93) L. 39 pr. D. de minor. (4, 4), l. 5 pr., §. 2, l. 7 pr. C. de temp. in int. rest. (2, 53), c. 1 Clem. de in int. rest. (1, 11).

94) Vgl. Mynsinger: Obs. I. 51 nr. 7, Stryk: U. M. IV. 1 §. 9, Glück: Commentar V. S. 443, Unterholzner: Verjährungslehre II. §. 151, Savigny: System VII. S. 254.

mehr Zeit gegönnt sein soll, als er re integra haben würde,[95] gleich als sei die Frist während des die Restitution begründenden Zustandes im Stillstande gewesen,[96] — was natürlich auf das besondere Recht der juristischen Personen unanwendbar ist.[97]

In formeller Beziehung aber weicht das Rechtsmittel der Restitution gegen einen processualischen Nachtheil allerdings von anderen Restitutionsgesuchen wesentlich ab. Denn seine Richtung gibt ihm eine innere Beziehung zu einem anhängigen oder anhängig gewesenen Proceß, und daraus folgt zunächst, daß die für selbständige Klagen[98] geltenden Competenzgründe auf die processualische Restitution so wenig wie auf andere Rechtsmittel Anwendung haben. Die processualische Restitution ist bei dem Gericht der Sache nachzusuchen, in welcher der zu beseitigende Nachtheil eingetreten ist, niemals bei einem anderen,[99] und namentlich bei keinem höheren Gericht.[100] Denn ein devolutives Rechtsmittel ist dieses Gesuch nicht, außer wenn es in die Form der Appellation gekleidet, oder richtiger ausgedrückt, wenn mit dem zu seiner Be-

---

95) Dub. camer. von 1595 dub. 69, Dep. A. von 1600 §. 86, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 62 §. 3.

96) Arg. l. 5 C. in quibus caus. rest. (2, 57). Vgl. Wurmbser: Pract. obs. XXV. 4 (auf welchen sich das in der vorigen Note citirte dub. cam. bezieht), Gaill: Obs. I. 45 nr. 7, Blum: Proc. camer. tit. 78 §. 5, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 887, Kreittmayr: Anm. über den Cod. jur. Bavar. jud. XVI. 1 m., Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 28 §, 5.

97) Diese Ausnahme wird hervorgehoben von Wurmbser l. c. Uebrigens geschieht jener reichsgesetzlichen Bestimmung kaum noch bei einem der neueren Juristen Erwähnung, und nach einem Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert: Archiv X. 320 ist sie in den Ländern des sächsischen Rechts niemals zur Anwendung gekommen. Anerkannt dagegen ist sie in einem Erk. des O. A. G. zu Lübeck das. X. 117.

98) Und eben so für gewöhnliche Restitutionsgesuche. Vgl. l. 2 C. ubi et apud quem (2, 47). Darauf beziehen sich auch die Worte: „tam in aliis causis" der l. 16 §. 5. D. de minor. (4, 4).

99) L. 16 §. 5 D. de minor. (4, 4) [„quam contra sententiam suam"], l. 17 D. eod. [„ex sua sententia"], l. 42 D. eod. [„etiam contra suam vel decessoris sui sententiam"]. Vgl. auch l. 2 C. si adv. rem jud. (2, 27), J. R. A. §. 166. Für die gegentheilige Meinung sprechen sich wie viele Aeltere so neuerdings auch Burchardi a. a. O. S. 550 und Bethmann-Hollweg a. a. O. II. §. 117 Note 43 auf Grund eines offenbar unhaltbaren, der l. 18 pr. D. eod. entnommenen argumentum a contrario aus, der letztere unter Mitbenutzung der l. 16 §. 5 D. cit., der jedoch in den einschlagenden Worten bereits in der vorigen Note die richtige Deutung gegeben worden ist. Vgl. Bickell a. a. O. S. 133, Linde: Handbuch II. §. 284, Heffter: System §. 467.

100) Diesen in alter und neuer Zeit (vgl. z. B. Burchardi S. 550, Heffter §. 467, 471 unter II.) angefochtenen Satz hat Gönner: Handbuch III. 66 §. 18 mit Beziehung auf die ältere Literatur und auf ein Conclusum pleni vom 7. April 1702 festgestellt. Vgl. auch Bickell S. 133, Linde II. §. 284, Bayer: Vorträge S. 1106.

gründung geeigneten Material eine Appellationsbeschwerde gerechtfertigt wird, was kaum eine Ausnahme zu nennen ist.[101] Einige Schwierigkeiten macht jene Regel nur da, wo in einer und derselben Sache zufolge des Gebrauchs eines devolutiven Rechtsmittels Gerichte verschiedener Instanzen thätig gewesen sind. Hier ist die Instanz die competente, in welcher der fragliche Nachtheil entstanden ist oder wirksam wird. So wenig die Restitution gegen Nachtheile, von denen eine Partei im untergerichtlichen Verfahren betroffen worden ist, vor das obere Gericht gehört, eben so wenig dürfen obergerichtliche Urtheile, reformatorische oder confirmatorische, und Vorgänge, welche auf die obere Instanz Bezug haben, vom Unterrichter aufgehoben werden.[102] Sind daher die Appellationsfatalien abgelaufen, so ist die Restitution bei dem Appellationsgericht einzuholen, weil es sich darum handelt, das Appellationsverfahren möglich zu machen.[103] Und wenn eine Sache vom Obergericht mit einem rescissibelen Interlocut remittirt, und darauf vom Untergericht ein weiteres Urtheil gegeben worden ist, so muß das wenngleich nur mittelbar gegen das Interlocut gerichtete Restitutionsgesuch nun gleichfalls bei dem Obergericht angebracht werden.[104]

Ferner aber vermag der Anspruch auf die processualische Restitution auch niemals ein selbständiges Verfahren zu begründen. Seine Geltendmachung ist in die Acten des noch fortgehenden oder entschiedenen Processes verwiesen, dessen Zwecke sie sich unterordnet. Am klarsten tritt diese Unterordnung in der Bitte hervor, mit welcher das Restitutionsgesuch eingeführt, und in der Art, in welcher es begründet wird. Denn die Bitte des Imploranten soll den

101) Darüber vgl. §. 56 Note 72 fg.

102) L. 18 pr. D. de minor. (4, 4): „Minor autem magistratus contra sententiam majorum non restituet.“ Aus dieser Regel wird in §. 1—4, so wie in l. 3 C. si adv. rem jud. (2, 27), l. 1 C. ubi et apud quem (2, 47) die ausschließliche Competenz des Kaisers für alle gegen seine eignen und seiner unmittelbaren Vertreter Urtheile gerichteten Restitutionsgesuche abgeleitet. So sollte auch gegen die Erkenntnisse des Praefectus praetorio nur bei diesem selbst um Restitution gebeten werden können. Vgl. l. 1 §. 2 D. de praef. praet. (1, 11), l. 17 D. de minor. (4, 4). Vgl. das Erk. des O. A. G. zu Wiesbaden bei Seuffert Archiv X. 319.

103) Vgl. hierüber und über die nicht unbestrittene Frage, ob nicht wenigstens die Restitution gegen die Versäumung der Interpositionsfrist vor den Unterrichter gehöre, Gönner III. 58, Bickell S. 133. Im Princip stimmt mit dem Text auch die particularrechtliche Normen berücksichtigende Entsch. des O. A. G. zu Rostock bei Budde und Schmidt: Entscheidungen, N. F. I. 21 überein.

104) Bickell S. 134 fg.

Richter bestimmen, negativ und positiv in die Hauptsache einzugreifen. Negativ, insofern sie auf Rescission des eingetretenen Nachtheils, positiv, indem sie zugleich auf Herbeiführung desjenigen Erfolgs gerichtet ist, welcher bei Vermeidung des nachtheiligen Vorgangs von selbst würde erreicht sein. Liegt also ein richterliches Urtheil noch nicht in der Mitte, so wird im Fall einer Unterlassung nicht bloß um Aufhebung der Präclusion (sei es der ipso jure eingetretenen oder der durch bloß declaratorische Sentenz ausgesprochenen), sondern auch um Zulassung des präcludirten vermittelst des Gesuches nachgebrachten Angriffsmittels gebeten,[105] und eben so oder ähnlich im Fall einer nachtheiligen Handlung, z. B. eines Verzichts oder Geständnisses. Ist dagegen bereits in der Sache gesprochen, oder gar mehrmals gesprochen, oder der Streit von vornherein durch confessio in jure wie durch ein Endurtheil entschieden, so ist das negative Ziel die Beseitigung aller der Hindernisse, welche zur Zeit einer günstigeren Lage des Imploranten entgegenstehen,[106] das positive die Ertheilung eines neuen Urtheils, das hinter dem zuletzt ergangenen in der Stufenfolge der Urtheile nicht zurücksteht.[107]

---

105) Da die Versäumung einer Frist oder eines Termins an sich nicht verletzend ist (s. oben Note 10—15), so kann auch der Zweck und Erfolg des Restitutionsgesuchs im Proceß niemals die Wiedereröffnung einer Frist oder eines Termins sein. Deshalb muß das präcludirte Angriffsmittel sofort im Gesuche nachgebracht, und um dessen Zulassung gebeten werden. Vgl. Unterholzner: Verjährungslehre II. S. 7 fg., Bickell S. 178, Erk. des O. A. G. zu Celle bei Seuffert: Archiv V. 89. Ob es die Römer eben so gehalten, ist aus l. 8. D. de in int. rest. (4, 1) und l. 7 §. 11 D. de minor. (4, 4), welche von der Restitution gegen die Versäumung der Interpositionsfrist handeln, nicht zu ersehen. Dagegen entspricht jene in der Praxis geltende Auffassung den Reichsgesetzen, insbesondere dem J. R. A. §. 78. Vgl. auch Dub. camer. von 1595 dub. 69, Dep. A. von 1600 §. 86, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 62 §. 3, G. B. vom 7. Juli 1669.

106) Bickell S. 182.

107) Natürlich ist es wohl möglich, daß der Richter, um dieser Bitte entsprechen zu können, andere Urtheile vorausgehen lassen muß. Uebrigens fielen im röm. Formularproceß das positive und das negative Ziel des Restitutionsgesuches nicht immer zusammen. Indem der Prätor den Verlust des Processes an sich als lädirend betrachtete, ohne vorher vergewissert zu sein, daß der Implorant auch im Stande sein werde, ein neues günstiges Urtheil zu erringen, pflegte er seinerseits das angefochtene Urtheil zu cassiren (judicium rescindere), und die nochmalige Untersuchung der Sache von Neuem einem judex zuzuweisen (judicium rescissorium). Das nannte man restituere (restaurare) litem (judicium, causam). Vgl. Pauli R. S. V. 5 a §. 10, l. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4, 1), l. 7 §, 12, l. 28, 29 §. 1, l. 45 §. 1 D. de minor. (4, 4), l. 1, 2 C. ex qu. c. maj. (2, 54). Dagegen entsprach es der extraordinaria causae cognitio, welche im späteren Recht zur ausschließlichen Geltung gelangte, daß der Prätor die Restitution erst dann ertheilte, wenn er in den Stand gesetzt

Begründet aber wird das Gesuch vermittelst der Darlegung seiner Voraussetzungen, d. h. einer Läsion und eines Restitutionsgrundes, möglicher Weise auch mehrerer Restitutionsgründe, welche namentlich da erforderlich sind, wo die ursprüngliche Verletzung durch ein späteres Ereigniß, z. B. durch Verzicht geheilt ist, und es somit darauf ankommt, diesen selbst wieder benachtheiligenden Umstand zu beseitigen, damit das erloschene Restitutionsgesuch wiederhergestellt werde.[108] Von selbst versteht sich, daß wenn das Gesuch als außerordentlicher Antrag in einen anhängigen Proceß eingeschoben, die Restitution also vor dem Endurtheil, oder einredeweise in der Executionsinstanz gegen das Endurtheil erbeten wird, die begründenden Thatsachen liquide sein müssen,[109] während das principaliter gegen das Endurtheil eingebrachte Gesuch der Liquidität nicht bedarf. Was aber das Maaß des zu liefernden Beweises anbelangt, so ist vor Allem zwischen dem Restitutionsgrunde und der Läsion zu unterscheiden.

In Betreff des Restitutionsgrundes reicht vor dem Endurtheil die bloße Bescheinigung aus, weil der Implorant in dieser Lage der Sache einzig und allein eine vollständigere Vertheidigung zu gewinnen sucht.[110] Insbesondere ist der Calumnieneid ein nicht bloß an sich, sondern auch mit Rücksicht auf die erforderliche Liquidität geeignetes Bescheinigungsmittel;[111] erklärt der Implorant, sich desselben bedienen zu wollen, so wird das Gesuch dem Gegner vorläufig zur Nachricht mitgetheilt, und gleichzeitig ein Termin zur Ausschwörung des Eides angesetzt.[112] Soll dagegen die Restitution ein rechtskräftiges Endurtheil aufheben, so verlangt sie vollen Beweis.[113] Denn hier bezweckt sie die Aufhebung des durch das Urtheil begründeten neuen privatrechtlichen Verhältnisses, präjudicirt mithin den Rechten des Imploraten definitiv, und schließt eben deshalb die Bescheinigung aus.[114] Die abweichende Behandlung des Irrthums hat ihren Grund in der eigenthümlichen Natur des-

---

war, ein richtiges Urtheil dem angefochtenen zu substituiren. Vgl. l. 9 pr. D. de minor. (4, 4) Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 719.

108) Bickell S. 182 fg.

109) S. §. 21 Note 11 und Bickell S. 179 fg., S. 201.

110) Vgl. Note 54—56.

111) S. die vorige Note und §. 21 Note 11.

112) G. B. vom 7. Jul. 1671.

113) Dies spricht das c. 4 X. de in int. rest. (1, 41) geradezu aus, welches sich mit dem Eide nur „in favorem matrimonii" begnügt.

114) S. §. 29.

selben, welche einen vollen Beweis überhaupt nicht zuläßt; sie kann daher nur insoweit von weiteren Consequenzen sein, als, wenn dieselbe Eigenthümlichkeit bei anderen Restitutionsgründen vorkommt, die Bescheinigung gleichfalls genügen muß.[115]

Andererseits läßt sich für die Nachweisung der Läsion eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Gehen wir davon aus, daß sich die Unterlassung oder Handlung, auf welche die Läsion zurückgeführt wird, jedes Mal aus den Acten ergibt, so bleibt als möglicher Gegenstand des Beweises allein der zu beseitigende nachtheilige Effect zurück. Denn nur nachtheilige Unterlassungen oder Handlungen begründen die Restitution. Daß aber durch die fragliche Unterlassung oder Handlung das Vermögen des Imploranten geringer geworden sei, ist nicht das, worauf es ankommt. Vortheil und Nachtheil bestimmen sich im Processe nach der Lage, in welcher sich die Sache befindet, also relativ, und nur da fällt die relative Bestimmung mit der absoluten zusammen, wo vermittelst der Restitution ein nachtheiliges Endurtheil aufgehoben und durch ein neues günstiges ersetzt werden soll. Nach diesen Gesichtspuncten sind folgende Fälle zu beurtheilen.

a. Wird vor der Dazwischenkunft eines Urtheils um Restitution gebeten, so ist das Angriffsmittel, dessen sich der Implorant zur rechten Zeit hätte bedienen sollen, nur eben vorzulegen, ohne Rücksicht auf den definitiven Erfolg desselben. Versäumte Einreden oder Repliken brauchen also nur behauptet zu werden, so daß ihr Beweis demnächst noch mißlingen kann, Zeugen sind unter Bezeichnung der ihnen vorzulegenden Artikel bloß zu benennen, und nachgebrachte Urkunden verlangen, wenn sie keine öffentlichen sind, nicht einmal den sofortigen Nachweis ihrer Aechtheit. Eben so findet, wenn die Appellationsfatalien versäumt sein sollten, keine andere Prüfung der Formalien und Materialien Statt, als da, wo die Fristen gewahrt sind. Allerdings aber müssen die versäumten Angriffsmittel erheblich sein und aus diesem Gesichtspunct sofort vom Richter geprüft werden. Nicht erheblich sind neue Rechtsdeductionen, außer so weit sie die Form von Appellationsbeschwerden haben, so wie Alles, was vom Richter ex officio zu berücksichtigen

---

115) So z. B. bei manchen Arten der Verhinderung, bei dem instructionswidrigen Verhalten des processualischen Vertreters. In den Gesetzen, welche den Eid rücksichtlich des Nicht-Wissens zulassen, wird deshalb daneben meist das Nichteinbringen-können genannt.

ist.[116] — Ganz in gleicher Weise wird es zu halten sein, wo die Restitution einen Verzicht beseitigen soll, und obschon man darüber streiten kann, ob derjenige, welcher gegen das gerichtliche Geständniß einer Thatsache (die römische confessio in judicio) restituirt sein will, die Unwahrheit des Einbekannten zu beweisen habe,[117] so ist doch für die Verneinung der Umstand entscheidend, daß es dem Imploranten nicht darauf ankommen kann, die in Frage stehende Thatsache als unwahr, sondern nur darauf, sie als bestritten und des Beweises bedürftig darzustellen.[118]

b. In der Richtung wider ein Urtheil dagegen folgt die Restitution zum Theil ganz anderen Regeln. Zwar steht fest, daß wenn das der Verletzung unmittelbar nachfolgende Zwischenurtheil angefochten wird, z. B. wegen versäumter Einreden oder Repliken das Beweisinterlocut, oder wegen versäumter Beweismittel das die Production der rechtzeitig benannten Beweismittel verfügende Urtheil (der s. g. Relevanzbescheid), zur Nachweisung der Läsion nicht mehr erforderlich ist, als vor dem Erlasse dieses Interlocuts. Gleichwohl besteht zwischen beiden Fällen insofern ein wesentlicher Unterschied, als der Gegner nach Anleitung der gewöhnlichen Proceßgrundsätze mit den ihm gegen das neue Vorbringen zustehenden Vertheidigungsgründen gehört werden muß, weil sich nur auf diesem Wege feststellen läßt, welcher Einfluß dem neuen Vorbringen in Beziehung auf das nothwendig werdende neue Urtheil zukommt. Noch bestimmter aber macht sich dieser Gesichtspunct geltend, wenn das zuletzt ergangene Urtheil einem fortgeschritteneren Stadium

---

116) Gegen Gesuche, welche mißbräuchlich „aus Ursachen, so vormals im Gerichtshandel angezogen und deduciret worden," die Restitution begehren, nichts Neues vorbringen, das Alte verdrießlich recapituliren, und indem sie sich auf neue Ausführungen beschränken, das restitutorium in ein revisorium verkehren, richten sich der Vis. A. von 1533 §. 5, die K. G. O. von 1555 III. 52, das Conc. der K. G. O. von 1613 III. 62 pr. und der G. B. vom 7. Juli 1669. S. oben Note 12.

117) Ueber die römische Auffassung vgl. §. 19 Note 3. Hiernach konnte bis zum Urtheil das Bekenntniß durch Gegenbeweis widerrufen werden, ohne daß der Beweis des Irrthums erforderlich war. An dieser Auffassung hält im Wesentlichen Bethmann-Hollweg: Versuche S. 311 (mit den das. in Note 132 Citirten) fest. Savigny VII. §. 308 dagegen fordert zwar den Beweis des Irrthums, scheint aber außerdem auch den Gegenbeweis für nöthig zu halten.

118) C. 3 X. de conf. (2,18), c. 2 in VI. de in int. rest. (1, 21). Die erste dieser Stellen spricht nur vom Beweise des Irrthums, die zweite aber stellt den Irrthum dem den Kirchen als solchen zur Seite stehenden Restitutionsgrunde gleich, und fordert, wo es sich um diesen handelt, den Gegenbeweis nicht. Daß nach beiden Stellen die Berufung auf den Irrthum nur bis zum Endurtheil möglich sein soll, erklärt sich aus Note 51.

angehört. Angenommen, der Verklagte habe eine von mehreren Klagthatsachen eingestanden, fühle sich demnächst aber durch sein Geständniß verletzt, und bitte gegen den s. g. Relevanzbescheid um Restitution, so ist die Abänderung dieses Bescheides erst möglich, nachdem der Kläger Gegenheit erhalten, über die fragliche Thatsache den Beweis anzutreten, und der Richter sich überzeugt hat, daß der versuchte Beweisantritt der etwaigen Einwendungen des Verklagten ungeachtet relevant sei. Oder hat der Kläger eine Einrede zugestanden, die Benutzung der zutreffenden Replik aber versäumt, und folgeweise ein die Klage abweisendes Urtheil davon getragen, so kann die wegen Versäumung der Replik nachgesuchte Restitution nicht eher bewilligt, und ein abänderndes Endurtheil nicht eher ertheilt werden, als bis die neue Thatsache dem Gegner zur Erklärung mitgetheilt, und, falls einfach geläugnet, vom Kläger auf gewöhnliche Art bewiesen worden ist. Ja wären in diesem Fall zuvor die Klagthatsachen geläugnet worden, deren Beweis beim Eingeständniß der Einrede und in Ermangelung einer Replik nicht nöthig war, so würde sich der Beweis des Klägers nun auch auf sie erstrecken müssen. Ueberall wird also der Grad, bis zu welchem die Nachweisung einer Verletzung zu erbringen ist, durch die Natur des angefochtenen und des zu substituirenden neuen Urtheils bedingt.[119] Und daraus ergibt sich denn auch, wie es mit der Restitution gegen die Anerkennung des Klaganspruchs im Ganzen (die römische confessio in jure[119a]) zu halten sei. Ein solches Geständniß hat die Kraft einer Verurtheilung, einerlei ob eine declaratorische Sentenz nachgefolgt ist, oder nicht, und will daher der Verklagte gegen dasselbe restituirt sein, so muß er gleich in dem Restitutionsgesuche sich über die Klage und die Klagthatsachen in gewöhnlicher Weise negirend und excipirend erklären, damit auf Grund dieser Erklärung weiter verhandelt, und je nach dem Resultat der Verhandlungen entweder die Restitution abgeschlagen, oder unter Gewährung der Restitution auf Absolution erkannt werde.

Diese Erörterungen nun ergeben, daß die Restitution höchst selten und jedenfalls nur vor der Dazwischenkunft eines Urtheils brevi manu, d. h. auf einseitigen liquiden Antrag und unter sofortigem Anschluß der zufolge der Restitution in der Hauptsache

119) Vgl. Bickell S. 204.
119a) Vgl. §. 14 Note 6—16.

erforderlichen Verfügung ertheilt werden kann.[120] Ist bereits ein Urtheil ergangen, oder würde durch die Ertheilung der Restitution (wie z. B. der gegen das Geständniß einer Thatsache erbetenen) ein Urtheil hervorgerufen, als gegen welches eine Remonstration nicht möglich wäre, so muß das Gesuch, wenn es nicht als unbegründet sofort zu verwerfen ist, dem Gegner immer erst zur Vernehmlassung mitgetheilt werden. Durch das Mittheilungsdecret, welches übrigens den (von selbst eintretenden) Suspensiveffect[121] nur dann zu berühren braucht, wenn derselbe aus besonderen Gründen zu verweigern ist, wird das Restitutionsverfahren eröffnet, und damit den Parteien Gelegenheit gegeben, die Voraussetzungen der Restitution nach allen Seiten zu erörtern.[122] Erst nachdem auf diesem Wege die Sache zum Spruch reif geworden ist, verweigert oder bewilligt der Richter die erbetene Restitution, und erkennt im Falle der Bewilligung in der Hauptsache ganz so, als wenn das dem Imploranten entgegenstehende Hinderniß von Anfang an nicht vorhanden gewesen wäre.[123]

Die Restitution gegen ein condemnatorisches Endurtheil insbesondere aber macht, wenn bereits mit der Execution vorgeschritten worden ist, auch die Aufhebung dieser Folgen nothwendig. Die ins Vermögen des Klägers übergegangenen Zahlungsmittel und Pfandobjecte (addicirte und ersteigerte) müssen refundirt,[124] und sogar fremde Käufer, Minderjährigen gegenüber wenigstens zur Abwendung bedeutenderer Nachtheile, nach vorgängigem Gehör zur Rückgabe angehalten werden.[125] Dasselbe aber gilt im Falle der

---

120) Beim R. K. Gericht wurde die Restitution brevi manu gegen den Ablauf der Appellationsfatalien ertheilt, wo sich der Restitutionsgrund aus der beizufügenden Bescheinigung, die Läsion aus dem actenmäßigen Zeitpunct der Urtheilsverkündigung ergab. Vgl. G. B. vom 18. Jan. 1657, Roding: Pand. camer. I. 28 §. 9 sequ., Blum: Proc. camer. tit. 49 nr. 27, Pütter: N. E. §. 347. Nach denselben Gesichtspuncten aber, übrigens in ausgedehnterem Umfang, wendet zugleich auch die gemeine Praxis die restitutio brevi manu an. Vgl. Carpzov: Resp. jur. II. 95 nr. 14—19, Mevius: Decis. I. 218 nr. 7, Stryk: U. M. IV. 6 §. 4, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 887, Danz: Grundsätze §. 462 unter II. (wo sich weitere Nachweisungen finden), Bickell a. a. O. S. 201. Ganz vereinzelt steht Martin: Lehrbuch §. 296 mit der Behauptung, daß die Restitution „wohl nie ohne den Gegner zuvor gehört zu haben — ertheilt" werde. Richtig ist nur, daß dem Gegner im vorliegenden Falle die Remonstration offen bleibt.

121) S. §. 52 Note 33, 34.

122) Vgl. das Erk. des O. Trib. zu Stuttgart bei Seuffert I. 384.

123) Bickell S. 204.

124) Arg. l. 9 pr. D. de minor. (4, 4), l. 1 C. si adv. vend. (2, 29). Diese Stellen beziehen sich auf den weiter gehenden Fall der folgenden Note.

125) S. die Stellen der vorigen Note, welche von der Restitution Minder=

freiwilligen Zahlung, vorausgesetzt, daß sie vor Beendigung des den Restitutionsgrund bildenden Zustandes geschehen ist,[126] während sie nachher geleistet einen Verzicht auf die Restitution enthalten würde, und in dieser Beziehung, um nicht von vorn herein das Restitutionsgesuch auszuschließen, durch einen besonderen Restitutionsgrund müßte unschädlich gemacht werden können.

Die Kosten des Restitutionsverfahrens soll nach einer constanten Praxis, weil das strenge Recht für den Imploraten ist, alle Mal der Implorant tragen.[127]

Die Appellation.*

1. Begriff und Voraussetzungen.

§. 54.

Die Stellung, welche der erkennende Richter über den Parteien hat, bringt es mit sich, daß jede von ihm ausgegangene, der

jähriger handeln, und dieselbe gegen den Käufer d. i. in rem wirken lassen, „si grande damnum sit minoris.“ Vgl. dazu Wetzell: Disp. de quaestione, adv. quem in int. restitutio imploranda sit, p. 35, 36. Daß, wo andere Restitutionsgründe vorliegen, der Käufer ohne diese Voraussetzung zur Rückgabe angehalten werden könne, wird zwar nicht für den Fall des Pfandverkaufs, wohl aber für andere Fälle ausgesprochen. Vgl. Wetzell l. c. p. 26 sequ.

126) L. 9 pr. D. de minor. (4, 4): „Nam illud certum est, pecuniam ex causa judicati solutam ei restituendam.“ Vgl. auch l. 11 D. de exc. (44, 1), l. 4 C. si ex falsis instr. (7, 58). Die Grundsätze von der condictio indebiti ex judicati causa soluti — l. 1, 4 C. de cond. indeb. (4, 5), §. 7 I. de obl. qu. ex contr. (3, 27) — finden hier also keine Anwendung.

127) Diese Praxis geht, soweit sich sehen läßt, nicht über den Anfang des vorigen Jahrh. zurück. Vgl. Lyncker: Decis. 969, Rivinus: Enunc. jur. tit. 3 nr. 33, Berger: Suppl. ad El. disc. for. II. 20 nr. 26 in f., Wernher: Obs. for. I. 4 obs. 113 („ut omnia in pristinum statum deducantur“), Leyser: Medit. I. 57 nr. 3 („justum tamen est, ut damnum, quod inde proficiscitur, in ipsum potius, quam in adversarium redundet“), J. H. Boehmer: Consult. et decis. Tom. III. p. 2 dec. 94 nr. 9, Glück: Commentar V. S. 456, Burchardi S. 596, Bickell S. 205. Abweichende Ansichten haben Estor: Anfangsgründe II. §. 113, Hofmann: T. R. Pr. I. §. 888, Emmerich: Ueber die Proceßkosten I. S. 335 fg. Billigung möchte jedoch die Meinung Burchardi's verdienen, nach welcher der Implorat da, wo seine Schuld (Zwang oder durch dolus veranlaßter Irrthum) die Läsion herbeigeführt, auch die Kosten tragen soll, und eben so scheint die in einem Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert VIII. 305 wegen grundlosen Widerspruchs des Imploraten ausgesprochene Compensation der Kosten gerechtfertigt.

*) Pauli R. S. V. 32—37. Tit. Dig. 49, 1 de appellationibus et relationibus. 2 a quibus appellare non licet. 3 quis a quo appelletur. 4 quando appellandum sit et intra quae tempora. 5 de appellationibus recipiendis vel non. 6 de libellis dimissoriis qui apostoli dicuntur.

Form nach gültige Verfügung die Parteien bindet, mag sie gerecht oder ungerecht sein. Ohne diesen Grundsatz ist keine richterliche Auctorität denkbar, und ein unverantwortlicher Mißgriff wäre es, ihn der bloßen Möglichkeit des Irrthums oder der Böswilligkeit wegen aufzugeben. Dagegen hat man die mit ihm verbundenen Gefahren durch die Abstufung der Gerichte und die Unterordnung der niederen unter die höheren zu mindern gesucht. Denn diese Einrichtung macht es möglich, daß die Prüfung und Entscheidung eines Rechtsstreits nicht mit einem Mal abgethan, sondern in mehreren Abstufungen wiederholt, und die letzte Entscheidung einem Gerichte zugewiesen wird, dessen zahlreichere und sorgfältigere Besetzung für eine gründliche Urtheilsfindung mehr als gewöhnliche Garantien bietet.[1] Die einzelnen Stufen der Prüfung und Entscheidung nun, so wie die Gerichte, denen sie zugewiesen sind, nen-

---

7 nihil innovari appellatione interposita. 9 an per alium causae appellationum reddi possunt. 13 si pendente appellatione mors intervenerit. C. Th. 11, 30 de appellationibus et consultationibus. 31 de reparationibus appellationum. 32 de secundo lapsu. 33 de dilationibus ex consensu. 34 de his qui per metum judicis non appellarunt. 35 si pendente appellatione mors intervenerit. 36 quorum appellationes non recipiuntur. 37 si de momentanea possessione fuerit appellatum. 38 de possessione ab eo, qui bis provocaverat, transferenda. Cod. 7, 62 de appellationibus et consultationibus. 63 de temporibus et reparationibus appellationum seu consultationum. 65 quorum appellationes non recipiuntur. 66 si pendente appellatione mors intervenerit. 67 de his qui per metum judicis non appellarunt. 68 si unus ex pluribus appellaverit. 69 si de momentanea possessione fuerit appellatum. 70 ne liceat in una eademque causa tertio provocare (vel post duas sententias judicum, quas definitio praefectorum roboraverit, eas retractare). Nov. 23 de appellationibus et intra quae tempora debeat appellari. 49 de his qui ingrediuntur ad appellationem. 82 de judicibus et ut appellationes accipiant modis omnibus judices. 93 de appellationibus. 115 ut quum de appellatione cognoscitur, secundum illas leges debeat judicari, quae tempore latae sententiae obtinebant. 126 (n. gl.) exemplum sacrae formae de appellationibus. X. 2, 28. Lib. VI. 2, 15. Clem. 2, 12 de appellationibus. — Guidonis Papae, Hieronymi Manfredi et Francisci de Herculanis tr. tres de appellationibus et attentatis, Colon. 1573. Phil. de Franchis super tit. X. de appell., Francof. 1576. Petrus Gregorius Tholozanus: Tr. de appellationibus, Ursell. 1599. Sigism. Scaccia: Tr. de appellationibus, Francof. 1604, 1615, Leod. 1625, Venet. 1642, Vratisl. 1663, Col. 1717. Besold: Discursus de appell. Tub. 1606, 1678, Francof. 1608. Cletzel: De appell. Frib. Brisg. 1615, Frf. 1646, 1666. Ulich: Abh. von Appellationen und Leuterungen, auch anderen Mitteln, sich wider ein gravirendes Urtheil zu schützen, Wittenb. 1788. Mehlen: Ueber die Appellation und andere Impugnativmittel gegen richterliche Erkenntnisse, bes. in Rücksicht auf Schwedisch-Pommern und Mecklenburg, Berlin und Stralsund 1791. Gönner: Handbuch III. 59—62. Linde: Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln, Band I. II. §. 30—218.

1) Ueber das Vorstehende vgl. Savigny: System VI. S. 289 fg.

nen wir Instanzen,[2] und die Bitte, mit welcher eine Partei, wenn sie sich durch die unrichtige Beurtheilung der niederen Instanz verletzt fühlt, die obere um Abhülfe anruft, ist eben die Appellation (appellatio, provocatio).[3]

Dieses Rechtmittel, welches im R. R. für Civilsachen mit der kaiserlichen Gewalt und der durch diese gegebenen Superiorität des Kaisers über die übrigen Magistrate entstanden ist,[4] und auch in Deutschland, angelehnt an die Unterordnung der Gerichte, der Sache nach lange vor Einführung der fremden Rechte bekannt war,[5] hat eine sehr ausgedehnte Anwendung.

In subjectiver Beziehung steht es nicht nur den Parteien, sondern auch dritten am Ausgang des Processes interessirten Personen zu.[6] Für diese bildet die Appellation das wirksamste Mittel,

---

2) Der Ausdruck „instantia" wird schon in den römischen Rechtsquellen gebraucht, gleichbedeutend mit „Bitte," „Antrag," „Betrieb" — vgl. Brissonius de V. S. s. v. instantia —, dann bezeichnen damit die Italiener das durch einen Antrag veranlaßte Verfahren, wonach es wesentlich so viel ist wie judicium — vgl. z. B. den Index corp. jur. glossati s. h. v. —, und von dieser Bedeutung aus lag es nahe, jenen Ausdruck auch auf die durch den Gebrauch der Appellation veranlaßten Stufen des Verfahrens und die dabei vorausgesetzten Abstufungen der Gerichte anzuwenden.

3) Die Römer sagen appellare (s. provocare) principem und ad principem. Appellatio und provocatio, welche früher genau geschieden waren, sind erst in der Kaiserzeit gleichbedeutend geworden. Vgl. die Citate der folgenden Note.

4) Schon unter Augustus. Ueber die geschichtlichen Verhältnisse vgl. F. C. Conradi: Scripta minora, ed. Pernice, Hal. 1823 Vol. I. p. 3 sequ., Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 169—176, Puchta: Cursus der Institut. II. §. 181, 187, Savigny: System VI. Beil. 15, Keller: Der röm. C. Pr. §. 82, Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. §. 61, 62, 116, III. §. 160.

5) Daß die Urtheilsschelte („blasphemare judicium") ein Zwischenverfahren zwischen der scheltenden Partei und den Urtheilsfindern begründete, welches zur Entscheidung zu bringen hatte, ob recht geurtheilt worden sei oder nicht, ist schon in dem §. 51 Note 3a bemerkt worden. Diese Entscheidung wurde aber wohl ursprünglich, wie sich aus dem sächs. Ldr. I. 18 §. 3 (vgl. mit II. 12 §. 8) ergeben möchte, durch den Zweikampf bewirkt — vgl. Siegel: Gesch. des deutschen G. V. S. 150 fg. —, und erst in späterer Zeit, vielleicht zufolge der Entwickelung der königlichen Gewalt, von dem Könige eingeholt. Wenigstens findet sich die Appellation an den König (nicht zu verwechseln mit dem „reclamare ad regis definitivam sententiam," von dem in §. 33 Note 25—27 die Rede gewesen ist) nicht früher als in der l. Luitpr. IV. 10 für die Langobarden, und in den in §. 33 Note 24 citirten Capitularien für das fränkische Reich erwähnt. Ueber die dunkle Bestimmung der l. Alam. Hloth. XLI. 3 vgl. Waitz: Deutsche V. G. (2. Aufl.) II. S. 493 fg., und über die Praxis des Reichshofgerichts Franklin: Das Reichshofgericht im M. A. II. S. 205 fg. Demnächst traten dann noch andere Instanzen in die Mitte, und schon nach den Rechtsbüchern — sächs. Ldr. II. 12 §. 4, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 95 §. 1 — namentlich die des Landesherrn. Vgl. §. 33 Note 256, und über das Ganze Walter: Deutsche R. G. §. 694—696.

6) L. 4 §. 2 [„Alio condemnato, is cujus interest, appellare po-

ihr Interventionsrecht geltend zu machen; sie dürfen nicht bloß am Appellationsverfahren Theil nehmen, wenn die Hauptpartei appellirt, sondern dürfen auch selbständig appelliren, wenn diese es unterläßt, sollten sie gleich selbst zuvor nicht intervenirt haben.[7] Hieraus erklärt sich, daß wenn Mehrere gemeinsam belangt und in eine Summe[8] verurtheilt worden sind, eine einzige Appellation ausreicht,[9] die Appellation des Einen also den Uebrigen zu Gute kommt, sofern die Gefahr des Processes von Allen gemeinsam getragen („in communi causa") und vom Appellanten nicht etwa ein besonderer Vertheidigungsgrund geltend gemacht wird („si una eademque causa defensionis fuit").[10] Ein Beispiel gibt die Klage aus der ungetheilten Verwaltung mehrerer Vormünder,[11] aus der solidarischen Haftung mehrerer socii, aus der Verpflichtung der Erben zur Bestellung einer Prädialservitut. Da hier die Verklagten unter einander regreßpflichtig und somit gegenseitig daran interessirt sind, daß sie siegen,[12] so ist dem einzelnen nicht bloß erlaubt, für sich und zugleich als Intervenient statt der übrigen zu appelliren, sondern es wird diese Absicht wegen der Ungetheiltheit der Verurtheilung, welche dem Effect nach den einzelnen aller-

---

test"], §. 3, 4, l. 5, 14 pr. D. de app. (49, 1), l. 2 §. 1, 2 D. quando appell. (49, 4), l. 1 pr. D. de app. recip. (49, 5), l. 29 pr. D. de inoff. test. (5, 2), l. 9, 10 C. de app. (7, 62), l. 20 C. de evict. (8, 45), c. 17 X. de sent. et re jud. (2, 27).

7) Vgl. §. 7 Note 21, 23, und dazu Fresenius: Diss. de interventione in judicio et speciatim de tertii appellatione, Tub. 1803, Linde: Ueber Intervention in der Instanz der Rechtsmittel, in der Zeitschr. für C. R. und Pr. V. 26.

8) L. 10 pr. D. de app. (49, 1): „Si qui separatim fuerint condemnati, quamvis ex eadem causa, pluribus eis appellationibus opus est."

9) L. 10 §. 2 D. eod.: „Sed cum adversus plures probatae essent rationes, quae eis nocerent, sufficit eis una appellatio, quia uno titulo comprobatarum rationum omnes conveniebantur."

10) L. 10 §. 4 D. eod.: „Quod est rescriptum, in communi causa quoties alter appellat, alter non, alterius victoriam etiam ei proficere, qui non provocavit, hoc ita demum probandum est, si una eademque causa defensionis fuit. Ceterum si diversae, alia causa est, ut in duobus tutoribus procedit, si alter tutelam gesserat, alter non attigerat, et is, qui non gesserat, provocavit; iniquum est enim, eum qui idcirco agnoverat sententiam, quoniam gessisse se sciebat, propter appellationem ejus, qui non gesserat, obtinere." Außerdem vgl. l. 1, 2 C. si unus ex plur. (7, 68), c. 72 X. de app. (2, 28). Die Pandectenstelle ist von Ulpian, die Codexstellen von Severus Alexander; es ist mithin nicht unwahrscheinlich, daß jene („rescriptum est") sich auf diese bezieht.

11) Nur dieses Beispiel kommt in den Stellen der vorigen Note vor.

12) Rücksichtlich der Vormünder vgl. l. 1 §. 13 D. de tut. act. (27, 3), l. 3 C. de div. tut. (5, 52), l. 2 C. de contr. jud. tut. (5, 58).

dings nur zu einem Kopftheil verpflichtet,[13] auch ohne besondere Erklärung unterstellt.[14] — Die Appellation in fremdem Namen wird nach den Grundsätzen der processualischen Vertretung beurtheilt.[15] Damit eine ohne Vollmacht vorgenommene Interposition Erfolg habe, muß der dominus seine Ratihabition sofort („mox"), d. h. innerhalb der Interpositionsfrist aussprechen.[16]

In objectiver Hinsicht sind, wie in §. 51 gezeigt worden ist, nicht bloß die Endurtheile, sondern überhaupt alle auf zweiseitige Verhandlung ergangenen Urtheile, und selbst diejenigen einfachen Decrete appellabel, welche einen gestellten Antrag ohne vorgängiges Gehör des Gegners zurückweisen, falls die durch sie zugefügte Verletzung vermittelst der Appellation gegen ein nachfolgendes Urtheil nicht mehr geheilt werden kann. Dabei sind jedoch folgende Beschränkungen zu bemerken.

1. Aus der Natur der Appellation, welche ein ordentliches Rechtsmittel ist, ergibt sich, daß sie gegen solche Urtheile nicht Statt findet, welche bereits in Rechtskraft übergegangen sind,[17] sei es, weil die beschwerte Partei die Interpositionsfrist versäumt,[18]

---

13) L. 10 §. 3 D. de app. (49, 1), l. 43 D. de re jud. (42, 1), l. 1, 2 C. si plures una sent. cond. sunt (7, 55).

14) Anders faßt die Sache Martin im Magazin für den gem. bürgerl. Pr. I. S. 436 fg., indem er die Theilnahme der nicht appellirenden Litisconsorten am Siege des appellirenden von der „Unzertrennlichkeit ihres gemeinsamen Interesses in Beziehung auf den Gegenstand des Rechtsstreits" abhängig macht. Diese Auffassung, welcher Linde a. a. O. I. §. 128, Schmid: Handbuch III. §. 230 und die meisten Neueren gefolgt sind, leidet an völliger Unklarheit über den Begriff jener „Unzertrennlichkeit," und ist deshalb auch zur Erkenntniß des leitenden Gesichtspuncts, welchen der Text bezeichnet, nicht gelangt. — Verschieden von dem vorliegenden Falle der Intervention ist übrigens der des mandatum praesumtum, von welchem in §. 9 Note 37 die Rede gewesen ist.

15) S. §. 10 Note 23.

16) L. 1 pr. D. de app. rec. (49, 5): „Non solent audiri appellantes, nisi hi, quorum interest, vel quibus mandatum est, vel qui negotium alienum gerunt, quod mox ratum habetur." Nach l. 1 §. 1 D. eod. soll auch die Mutter, obschon sie als Frau an sich zur Vertretung unfähig ist (§. 10 Note 9), die Appellation in der Sache eines Kindes interponiren dürfen. Verschieden aber von dieser auf den Act der Interposition beschränkten negotiorum gestio ist die schon in der ersten Instanz thätig gewordene, deren Resultat sich der dominus auch noch in einem späteren Stadium aneignen kann. Von einer solchen handelt l. 31 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5). Ueber die Voraussetzungen und die Ratihabition derselben vgl. §. 9 Note 36, 37 und Note 28, 29.

17) Vgl. §. 51 Note 43.

18) L. 2 C. de his qui per metum (7, 67) [„His, qui tempore competente non appellant, redintegrandae audientiae facultas denegetur"], l. 3 C. ut lite pendente (1, 21), l. 4 in f. C. de sent. quae sine certa quant.

oder weil sie auf die Appellation wenn auch nur stillschweigend Verzicht geleistet,[19] z. B. mit der Befolgung des Judicats begonnen,[20] um Zahlungsfrist gebeten,[21] das Judicat bereits mit dem Rechtsmittel der Restitution angefochten hat,[22] oder weil die zuständigen ordentlichen Rechtsmittel erschöpft sind.

Wann dies Letztere der Fall sei, läßt sich nach dem heutigen gemeinen Recht ohne Mühe bestimmen. So wenig nach R. R. gegen die Urtheile des Kaisers[23] und nach den Reichsgesetzen gegen die Urtheile des R. K. Gerichts und R. H. Raths appellirt werden konnte,[24] eben so wenig sind heut zu Tage die Urtheile der diese Gerichte vertretenden höchsten Landesgerichte appellabel. Daß den Parteien zum Mindesten drei Instanzen garantirt seien, läßt sich aus der ausschließlich auf die Gerichtsorganisation bezüglichen deutschen B. A. Art. 12[25] nicht folgern.[26] Und wenn das R. R. vorschreibt, daß dieselbe Partei nicht zum dritten Mal,[27] oder wie

---

(7, 46), l. 1 C. de his qui per metum (7, 67), c. 15 X. de sent. et re jud. (2, 27), c. 8 in VI. de app. (2, 15).

19) Es kann vor dem Urtheil — l. 1 §. 3 D. quibus app. n. lic. (49, 2), l. 5 §. 6 C. de temp. app. (7, 63) — und nach demselben, namentlich unbedingt vor der Interposition (wovon hier zunächst die Rede ist), auf die Appellation verzichtet werden — l. 5 C. de re jud. (7, 52), R. A. von 1532 III. §. 12, K. G. O. von 1555 II. 28 §. 2, Conc. von 1613 II. 29 §. 1 —.

20) C. 20 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29), c. 25 X. de test. (2, 20). Diese Stellen handeln von einem stillschweigenden Verzicht auf die bereits interponirte Appellation; die Entscheidung, welche sie geben, trifft jedoch auch da zu, wo die Appellation noch nicht interponirt worden ist. Dagegen bezieht sich das c. 54 X. de app. (2, 68) auf einen Fall, welcher nur nach der Interposition denkbar ist.

21) L. 40 §. 1 D. de pact. (2, 14), l. 5 C. de re jud. (7, 52).

22) Vgl. §. 53 Note 9. Dort ist in Beziehung auf Restitutionsgesuche bereits die in weiterem Umfang wichtige Frage berührt worden, ob sich die Annahme eines Verzichtes dadurch abwenden lasse, daß man der an sich concludenten Handlung eine Protestation beifüge. Die ausnahmslose Bejahung dieser Frage ist gegen G. L. Boehmer: De appellationis interpositae renunciatione, in Elect. jur. civ. I. 13 §. 10 aus c. 54 X. de appell. (2, 28) gerechtfertigt worden von Cropp in Heise und Cropp: Jurist. Abh. II. 12.

23) L. 1 §. 1 D. quibus app. n. lic. (49, 2), l. 34 C. de app. (7, 62). Dem Kaiser stand der Praefectus praetorio als der unmittelbare Vertreter des Kaisers gleich. Vgl. l. 1 §. 1 D. de off. Praef. praet. (1, 11), l. 17 D. de minor. (4, 4), l. 19 C. de app. (7, 62).

24) K. G. O. von 1555 III. 51, Conc. von 1613 I. 3 pr., III. 61. Die Inappellabilität der R. H. Raths-Urtheile hat man nicht für nöthig befunden ausdrücklich anzuerkennen. Vermittelst eines argumentum a contrario ergibt sie sich aus I. P. O. V. 54 in f. und R. H. R. O. von 1654 tit. 5 §. 7.

25) Vgl. §. 33 S. 393, §. 37 S. 439.

26) Dies ist auf Grund einer Beschwerde von der Bundesversammlung selbst ausgesprochen worden. Vgl. Prot. der deutschen B. V. von 1819 Sess. 23 §. 134, von 1822 Sess. 7 §. 63, Sess. 10 §. 85 und dazu Pauli in Heise und Cropp: Jurist. Abh. II. S. 204 fg.

27) L. 1 C. ne liceat in una eademque causa tertio provocare (7, 70),

das C. R. es faßt, nicht gegen das dritte conforme Erkenntniß appelliren dürfe,[28] so ist mit dieser particularrechtlich ohnehin kaum irgend wo noch geltenden[29] Vorschrift keineswegs gesagt, daß erst das dritte gleichlautende Erkenntniß unanfechtbar sei.[30] Particularrechtlich aber liegt die Sache vielfach anders. Nicht nur pflegt in minderwichtigen Sachen die Appellation an das höchste Gericht ausgeschlossen zu sein, auch wohl nach Analogie jener römischen Bestimmung schon das zweite gleichlautende Erkenntniß für unanfechtbar zu gelten,[31] sondern in manchen Ländern wird unter Umständen auch wieder gegen Urtheile, die in der letzten Appellationsinstanz ergangen sind, ein anderes ordentliches Rechtsmittel ohne den Devolutiveffect zugelassen.[32] Eine auch particularrechtlich zutreffende allgemeine Beantwortung der Frage, wann die ordentlichen Rechtsmittel erschöpft seien, ist daher nicht möglich.

Natürlich muß das, was von rechtskräftigen Urtheilen gilt, auch von der auf Grund einer confessio in jure ergangenen declaratorischen Sentenz gelten,[33] so wie von solchen Verfügungen, welche die unmittelbare, factisch nicht besonders zu begründende Folge eines vorausgegangenen rechtskräftigen Urtheils sind, namentlich also von Zahlungsbefehlen und executorischen Verfügungen im Executionsverfahren, wogegen auch in diesem Stadium appellirt werden darf gegen Verfügungen, welche über das Judicat hinausgehen, oder die Art der Execution betreffen, oder durch Einreden veranlaßt werden, mit denen der Verklagte den Executionsantrag zu elidiren sucht,[34] u. s. w.

---

nov. 82 c. 5. Auf diesen Gegenstand bezieht sich die in jeder Beziehung mustergültige Abhandlung Pauli's a. a. O. II. 7.

28) C. 65 X. de app. (2, 28), c. 1 Clem. de sent. et re jud. (2, 11), c. 7 Clem. de app. (2, 12).

29) Diese gemeinrechtliche Vorschrift, an welcher die Doctrin fortwährend festgehalten hat, obschon sie vom R. K. Gericht nicht in Anwendung gebracht wurde — vgl. Pauli a. a. O. II. S. 184 N. 4 —, ist in vielen Ländern durch andere Normen verdrängt worden — Note 31 —, und pflegt auch da, wo sie noch gilt, in Ermangelung von mehr als drei Instanzen in der Art modificirt zu sein, daß die auf rein suspensive Rechtsmittel ergangenen Urtheile eingerechnet werden.

30) Vgl. Linde I. §. 7.

31) Nachweisungen darüber gibt Pauli II. a. a. O. S. 187—204.

32) So war es früher nach dem reichsgerichtlichen Proceß, und eben so ist es noch heut zu Tage in Mecklenburg.

33) Pauli R. S. V. 35 §. 2.

34) L. 4 pr. §. 1 D. de app. (49, 1), l. 7 §. 2 D. de app. rec. (49, 5), l. 5 C. qu. app. (7, 66), c. 15 in f. X. de sent. et re jud. (2, 27), c. 43 X. de app. (2, 28). Vgl. auch Pauli R. S. V. 35 §. 2, l. 15 C. Th. de app. (11, 30), l. 2, 3, 11, 15, 16, 18 §. 1, l. 25, 30 C. Th. qu. app. (11, 36).

2. Auf positiver Bestimmung beruht es, daß die Appellation nicht Statt haben soll,

a. „si res dilationem non recipiat," d. i. nach R. R. gegen die Einweisung des scriptus heres und (wie man nach der Praxis hinzufügen muß, Anderer, welche bescheinigtermaßen erbberechtigt sind[34a]) in den Besitz der Erbschaft, gegen die Eröffnung eines Testaments,[35] und nach der Praxis im possessorium summarium,[36]

b. in klaren fiscalischen Schuldsachen,[37]

c. wider Urtheile, die zum Nachtheil einer auf gehörige Ladung nicht erschienenen Partei ergangen sind.[38] Diese Vorschrift, welche erst von Justinian auch auf das Verfahren nach der Litiscontestation angewandt,[39] dann aber von der Doc-

---

34a) Vgl. Leist in Glück's Commentar, Serie der Bücher 37 und 38, II S. 450.

35) L. 7 pr. D. de app. rec. (49, 5), l. 6 C. qu. app. n. rec. (7, 65).

36) Vgl. §. 30 Note 85, 91 und dazu Savigny: Das Recht des Besitzes §. 51 S. 651, Bruns: Das Recht des Besitzes im M. A. und in der Gegenwart S. 406.

37) L. 4, 8 C. qu. app. n. rec. (7, 65) vgl. mit l. 18, 26 C. de app. (7,62). Ueber das Recht des Cod. Theod. s. Linde I. §. 61.

38) Pauli S. R. V. 5a §. 7, c. 1 C. Greg. quibus res jud. non nocet (10, 1), l. 73 §. 3 D. de jud. (5, 1), l. 23 §. 3 D. de app. (49, 1), l. 1 C. qu. app. n. rec. (7, 65), l. 13 §. 4 C. de jud. (3, 1), nov. 82 c. 5, c. 41 §. 11 C. 2 qu. 6, c. 6 §. 2 C. 24 qu. 3. Nicht entgegen c. 1 Clem. de dolo et cont. (2,4), über welche zu vgl. ist die gl. Si ante] ad h. l. — Die Glosse bezieht auf die Contumacialerkenntnisse auch die dunkle l. 7 §. 1 D. de app. rec. (49, 5): „Item si ex perpetuo edicto aliquid decernatur, id quo minus fiat, non permittitur appellare." Allein zu dieser Erklärung hat wohl nur die Erwähnung des edictum perpetuum verleitet, welches an das edictum peremptorium der dabei citirten l. 23 §. 3 D. de app. (49, 1) erinnerte. Bethmann-Hollweg II. §. 116 Note 21 denkt an Verfügungen, die eine klare Rechtsvorschrift nur zur Ausführung bringen, ohne daß die Bedingungen ihrer Anwendbarkeit bestritten werden. Näher aber liegt es wohl, die l. 7 §. 1 D. cit. mit der l. 14 D. de re jud. (42, 1) zusammenzustellen, welche für widerruflich erklärt quod jussit vetuitve Praetor (§. 51 Note 3), oder sie speciell auf die gegen Abwesende und Latitirende ex edicto zu erlassenden Verfügungen (§. 49 Note 28—31) zu beziehen, gegen welche dem Benachtheiligten andere Mittel zu Gebote standen (§. 49 Note 37—40), so daß selbst nach der venditio bonorum eine Appellation nicht nöthig war. Man betrachte z. B. l. 30 D. de reb. auct. jud. poss. (42,5): „— eos, qui bona sua negant jure venisse, praejudiciis experiri debere et frustra a principe desiderare rescindi venditionem." Ihren allgemeinen Grund aber hätte die Ausschließung der Appellationen dann doch in dem Princip der l. 14 D. cit.

39) Obwohl zur Zeit des Formularprocesses auch den Befehlen des judex gegenüber von einer contumacia die Rede sein konnte — §. 48 Note 3 —, wie die contumacia non restituentis v. non exhibentis beweist, welche eine der zwei möglichen Voraussetzungen des juramentum in litem bildet — §. 28 Note 3 —, so scheint doch das Ausbleiben der Parteien in judicio nicht als „per contumaciam abesse", sondern schlechthin als abesse, ad judicium

trin in allen Wandelungen des Contumacialverfahrens festgehalten worden ist,[40] findet keine Anwendung, wo sich eine Partei durch die an ihren wirklichen Ungehorsam geknüpften rechtswidrigen Folgen,[41] oder durch die rechtswidrige Unterstellung ihres Ungehorsams[42] verletzt fühlt. Sie beschränkt sich auf Fälle, in denen das in eremodicio, d. h. in Abwesenheit des einen Theils vom anderen zur Begründung seines Anspruchs vorgelegte Material eine unrichtige Beurtheilung erfahren hat;[43]

d. in nicht erwachsenen Sachen.[44] Da die Appellations-

---

s. ad agendam causam non adesse, cognitioni deesse, litem s. causam deserere, causam non agere, rem non defendere u. s. w. [abweichend ist allerdings l. 4 D. quom. et qu. (7, 43) verb. „quasi contumaciter deesses"] bezeichnet, und folgeweise auch die obige Regel auf das vom judex gegen die ausgebliebene Partei erlassene Urtheil nicht angewandt worden zu sein. Auf dieser Voraussetzung beruhen mehrere Stellen, welche in die justinianeische Compilation aufgenommen worden sind — l. 28 pr. D. de appell. (49, 1), l. 1 §. 15 D. qu. app. (49, 4), l. 4 C. de lib. causa (7, 16), l. 11 C. quom. et qu. (7, 43) —, obgleich Justinian die Regel des Textes in l. 13 §. 4 C. de jud. (3, 1) dem veränderten ordo judiciorum enspreche nd ausdrücklich auf das Verfahren nach der Litiscontestation ausgedehnt hat.

40) Dies wird schon durch die Sprichwörtlichkeit der Regel „Contumax non appellat" bewiesen. Vgl. Hugolinus: Dissens. dominorum, ed. Haenel §. 108 und die daselbst aus der Glossatorenzeit gesammelten Citate, ferner Scaccia: Tr. de appellat. qu. 17 lim. 3 und Gaill: Obs. I. 132 nr. 7, wo sich Nachweisungen über die spätere italienische Doctrin finden, Brunnemann ad. l. 1 C. qu. app. non recip., Stryk: U. M. XLIX. 1 §. 4, Schmelzer: Contumacialproceß der höchsten Reichsgerichte §. 11, Danz: Grundsätze §. 418 unter IV. 1, Gönner: Handbuch III. 61 §. 9, Linde I. §. 56.

41) So namentlich, wenn der Richter den ungehorsamen Verklagten ohne vorgängigen Beweis des Klaganspruchs verurtheilt hat.

42) Das Urtheil ist alsdann nichtig (§. 49 Note 114), und muß wegen dieses Mangels auch mit der Appellation angefochten werden können (§. 60 Note 9). So sind im Sinne des justinianeischen Rechts die Stellen der Note 39, so wie l. 73 §. 3 D. de jud. (5, 1) [„Sciendum est, ex peremtorio absentem condemnatum, si appellet, non esse audiendum, si modo per contumaciam defuerit; si minus audietur"]. Daß dies aber die ursprüngliche Bedeutung der l. 73 §. 3 D. cit. gewesen sei, ist kaum glaublich. Mehr Wahrscheinlichkeit hat es, daß sie, mit der l. 75 D. eod. zusammenhängend, am Schluß auf die revocatio in duplum hinwies, und erst von den Compilatoren ihre jetzige Form erhielt, welche insofern schlecht gewählt ist, als sie gewiß nicht geradezu die Zulässigkeit der Appellation, sondern wohl nur die Gewährung irgend einer Hülfe ausdrücken sollte. Vgl. auch das Erk. des R. O. H. G. in dessen Entscheidungen V. 69.

43) Zu eng wird ohne Zweifel die Ausschließung der Appellation nach R. R. gefaßt, wenn man sie wie Gönner a. a. O. III. 61 §. 9—11 und Linde I. §. 56 von der Ausschließung der nova versteht.

44) Ueber die Appellationssumme, welche die Erwachsenheit bestimmt, vgl. im Allgemeinen Gauler: Diss. de summa appellabili, Marb. 1704, Ludovici: Diss. de summa appell., Halae 1710, Stark: Diss. de summa appell. in deferendis ad summa imperii tribunalia provocationibus rite aestimanda, Giess. 1778, Hofmann: Ueber die an dem herz. Würt. Hofgericht

gerichte größere Sprengel zu haben pflegen als die Untergerichte, und in dem höchsten Gerichte die Appellationen aus allen anderen Gerichten zusammenlaufen, so würde die Arbeitslast in den Appellationsinstanzen schwer zu bewältigen sein, wenn nicht dem allzu starken Andrang äußere Schranken gesetzt wären. Am angemessensten sind diese so geordnet, daß sie calumniöse Appellationen erschweren, wie der nach C. R. und den Reichsgesetzen von den Parteien zu leistende Calumnieneid, das s. g. juramentum appellatorium (§. 30 Note 32, 34), und die Verurtheilung der unterliegenden Partei in die Kosten der Appellationsinstanz[45] es thun. Dagegen fanden das römische[46] und das canonische[47] Recht die Geringfügigkeit des streitigen Objects nicht geeignet, die Ausschließung der Appellation zu rechtfertigen. In geringeren Appellationssachen wollte der römische Kaiser nur nicht selbst, sondern durch delegirte Richter erkennen.[48] Am R. K. Gericht[49] aber stellte sich sehr bald die Unmöglichkeit einer gründlichen und raschen Bearbeitung aller dahin gelangenden Sachen heraus, und die Reichsgesetze verordneten daher, daß Appellationssachen unter einem gewissen Werth, anfangs (1521) unter 50 Gulden, später (1570) unter 150, dann (1600) unter 300 und schließlich (1654) unter 600 Gulden oder 400 Reichsthalern Hauptguts nicht angenommen werden sollten.[50] Diese Vorschrift, welche auch vom R. H. Rath beobachtet

---

eingeführte Appellationssumme, Tüb. 1783, Linde im Arch. für civ. Pr. IX. 11, XI. 6, Handbuch I. §. 79—117, in der Zeitschr. für C. R. und Pr. X. 6, Scholz III. ebendas. X. 5, XI. 12 und im Arch. für civ. Pr. XXI. 14, Flach in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XII. 4, Hesse ebendas. XIII. 2, B. W. Pfeiffer: Pract. Ausf. VI. 4 S. 211—636 (der überall Belege aus der Praxis des O. A. G. zu Cassel beibringt).

45) Einen ähnlichen Character haben die nach dem vorjustinianeischen Recht und manchen Particularrechten vom Appellanten zu hinterlegenden Succumbenzgelder, über welche man vergleichen kann Zimmern a. a. O. (Note 4) III. §. 171, Bayer: Vorträge §. 30.

46) L. 20 C. de appell. (7, 62): „Et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est.“

47) C. 11 X. eod. (2, 28).

48) L. 37, 39 §. 2 C. de app. (7, 62), l. 5 §. 2 C. de temp. app. (7, 63), l. 10 C. qu. prov. n. est nec. (7, 64), nov. 23 c. 3, nov. (n. gl.) 62 c. 1, nov. (n. gl.) 104. Hierauf bezieht sich im justinianeischen Recht auch l. 10 §. 1 D. de app. (49, 1): „— pluribus summis sit condemnatus, quarum singulae notionem principis non faciunt —.“ Ob diese Stelle ursprünglich eine andere Bedeutung hatte, läßt sich nicht bestimmen. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. §. 62 Note 31, §. 116 Note 29, III. §. 160 Note 17, 19, 70, 71.

49) Früher schon in einigen Territorien. Vgl. Linde I. §. 81.

50) K. G. O. von 1521 tit. 24 §. 1, 2, von 1523 tit. 1 §. 5, 6, von 1555 II. 28 §. 4, — R. A. von 1570 §. 66, 67, — Dep. A. von 1600 §. 14, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 31 §. 4, 6—8, — J. R. A. §. 112, 114.

wurde,[51] bezog sich freilich ausschließlich auf die Reichsgerichte und verlor mit deren Aufhebung ihre Geltung. Indeß sind particularrechtlich ähnliche Anordnungen für die Territorialgerichte getroffen worden, und weil dabei die Reichsgesetze häufig zum Vorbild gedient haben, so sind die Grundsätze, welche von diesen und der sich daran anschließenden Doctrin für die Berechnung der Appellationssumme ausgebildet worden sind, noch immer von practischem Interesse.[52] Sie bestehen wesentlich in Folgendem.

Vor Allem ist festzuhalten, daß das Vorhandensein der Appellationssumme nach dem Werthe der Beschwerde, der summa gravaminis, d. h. nach dem Vermögenswerthe bemessen wird, um welchen sich der Appellant dadurch verkürzt glaubt, daß so wie geschehen geurtheilt worden sei.[53] Dieser Betrag ist mit dem Gegenstand der Klage, der summa libelli, schon deshalb nicht nothwendig identisch, weil der Verklagte durch den Verlust des Processes mitunter mehr, mitunter weniger einbüßt, als für den Kläger das eingeklagte Object werth ist.[54] Er kann aber auch aus anderen Gründen kleiner sein. Denn in die summa gravaminis wird der Theil des Klagobjects nicht eingerechnet, rücksichtlich dessen ein Geständniß des Verklagten vorliegt, oder zu Gunsten des Appellanten erkannt, oder wenigstens eine Beschwerde vom Appellanten nicht erhoben worden ist. Sie bestimmt sich demnach als das, was der Appellant vermittelst der Appellation in der oberen Instanz zu erlangen sucht,[55] einerlei, ob er ein End- oder ein Beiurtheil anficht. Denn für das Beiurtheil ist der Einfluß maaßgebend, welchen dasselbe auf die endliche Entscheidung übt, für das Beweisinterlocut z. B. der Nachtheil, welchen der Appellant erleidet, wenn der ihm auferlegte Beweis mißlingt.[56] Daß die bei der Berech-

51) R. H. R. O. von 1654 tit. 2 §. 2 und dazu Hanzely: Anleitung zur neuesten R. H. R. Praxis II. §. 1127.

52) Vgl. Pfeiffer a. a. O. (Note 42) VI. S. 218, 219.

53) Dep. A. von 1600 §. 16 („sich beschwert zu sein befinden"), dann besonders G. B. von 1603 („gravaminis dumtaxat summam, id est eam, in qua appellans, sive actor sive reus fuerit, per sententiam a qua laesus et gravatus est, spectandam et attendendam esse"), J. R. A. §. 114 („wann er in sententia um 300 fl. beschwert wäre").

54) Dies kann namentlich bei der a. confessoria und negatoria vorkommen.

55) Vgl. Linde I. S. 346.

56) So Pfeiffer VI. §. 14. A. M. ist Linde I. §. 100, welcher aus unhaltbaren Gründen die Beschwerden von Beiurtheilen, in denen nicht sogleich das Endurtheil bedingt ausgesprochen ist, für unschätzbar hält.

nung unterstellte Beschwerde begründet sei, wird nicht erfordert, vielmehr wird lediglich auf die Anträge und Behauptungen des Appellanten gesehen, weil sonst die Beschwerde immer erst materiell geprüft werden müßte, ehe sich die Erwachsenheit der Sache annehmen ließe.[57] Wenn daher der Appellant mehrere Beschwerden formulirt haben sollte, von denen jede einen selbständigen Werth repräsentirt, wenn er z. B. um die Klage zu elidiren, auf verschiedene Zahlungen oder Gegenforderungen Bezug genommen hätte, und sich durch deren Verwerfung für beschwert erachtete, so wird zwar auf die formell unstatthaften Beschwerden keine Rücksicht genommen,[58] andererseits aber die aus den formell statthaften Beschwerdepuncten berechnete Erwachsenheit dadurch nicht wieder aufgehoben, daß demnächst einer derselben aus materiellen Gründen hinwegfällt.[59] Man kann in dieser Beziehung sagen, es entscheide über die Erwachsenheit der Zeitpunct, in welchem der Appellant dem Oberrichter seine Beschwerden vorträgt, d. h. der Zeitpunct der Introduction.[60] Bis diese erfolgt ist, kann auch der Gegner, indem er einen Theil seines Anspruchs aufgibt, den Werth der Beschwerde unter die Appellationssumme herabdrücken, während hierzu nach der Introduction wegen der eingetretenen communio appellationis selbst der Appellant nicht im Stand ist.

Daran aber knüpfen sich einige weitere Betrachtungen. Sind mehrere Klagen zu einem Verfahren verbunden, sei es in Gestalt des Litis Consortium oder der objectiven Klagencumulation oder der Widerklage, so entsteht die Frage, ob die Appellationssumme für jede einzelne Klage gefordert werde, oder ob eine Zusammenrechnung zulässig sei, was im Falle der Widerklage voraussetzen würde, daß der Kläger mit der Klage abgewiesen und auf die Wi-

57) Arg. l. 19 §. 1 D. de jurisd. (2, 1): „Quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur.“ Vgl. dazu Linde I. 91, Pfeiffer VI. S. 267 fg. A. M. von der Nahmer: Sammlung der merkwürdigen Entscheidungen des O. A. G. zu Wiesbaden I. S. 270 fg.

58) Pfeiffer VI. S. 269 in f., 328 und 329, Cropp a. a. O. (Note 22) II. S. 258, 259, Erk. der O. A. G. zu Celle und zu Lübeck bei Seuffert: Archiv I. 302, II. 344.

59) Vgl. v. d. Nahmer a. a. O. I. S. 260 fg., Pfeiffer VI. S. 268.

60) Diese Frage wird verschieden beurtheilt. Die obige durch die Natur der Sache gerechtfertigte Entscheidung gibt Pfeiffer VI. S. 358, 359, während Seuffert in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Baiern I. S. 229 auf die Actenlage bei Erlassung des beschwerenden Erkenntnisses sehen will. Namentlich mit Rücksicht auf den Fall der subjectiven Klagencumulation ist eine andere Entscheidung als die im Text gegebene nicht durchführbar.

derklage verurtheilt, oder daß der Verklagte auf jene verurtheilt und mit dieser abgewiesen worden sei. In der Doctrin hat sich hierüber eine übereinstimmende Ansicht nicht gebildet.[61] Die Praxis aber ist vorwiegend für die Zusammenrechnung.[62] Und dafür spricht, daß, so weit die Verbindung mehrerer Klagen zu einem Verfahren gestattet ist, auch das ganze auf appellantischer Seite obwaltende Interesse zur Nachweisung der Appellabilität muß in Anschlag gebracht werden dürfen.[63] Die Zusammenrechnung von Beschwerdesummen, welche verschiedenen Klagen angehören, hat daher ihre alleinige Grundlage in der, concurrirende (nicht nothwendig connexe) Interessen[64] umschließenden Einheit des unter-

---

61) Gegen die Zusammenrechnung (ausgenommen den Fall, wo die gemeinsam verhandelten Ansprüche auf einem Rechtsverhältniß beruhen) sind Gönner III. 57 §. 17, Hofmann a. a. O. (Note 44) §. 28 fg., Linde I. §. 80, Schmid: Handbuch III. S. 380 fg., Bayer: Vorträge S. 1038, Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 366 fg., S. 415 fg. Für die Zusammenrechnung Pufendorf: Obs. I. 30 §. 3, Martin: Vorlesungen I. S. 182 fg., Scholz III. im Arch. für civil. Pr. XXI. 14, Pfeiffer VI. §. 28 fg.

62) So namentlich die O. A. Gerichte zu Celle nach Bülow und Hagemann: Pract. Erört. II. 23 (und dazu Pfeiffer VI. S. 326), zu Cassel nach Pfeiffer VI. §. 66, zu Jena nach Martin im Mag. für den bürg. Pr. I. S. 397 Note dd, zu Lübeck, Kiel und Berlin nach Seuffert: Archiv V. 65, VIII. 199, 336, XIX. 205, XXVI. 203; eben so das Mecklenburgische Rechtsmittelgesetz vom 15. Jan. 1861 §. 4. Abweichende Entscheidungen des O. G. zu Wolfenbüttel, des O. A. G. zu Wiesbaden und des O. Trib. zu Stuttgart finden sich bei Seuffert I. 399, III. 234, IV. 198, XV. 248.

63) Dieser Gesichtspunct wird von Scholz III. im Arch. für civ. Pr. XXI. 14 geltend gemacht, und von demselben Gedanken geht Pfeiffer VI. §. 28 aus, wenn er darauf hinweist, daß gesetzlich die Größe der Beschwerde über die Appellabilität entscheide. Im Grunde genommen ist aber auch der Standpunct der Gegner kein anderer. Denn wenn sie aus dem R. R. den Satz ableiten zu dürfen meinen, daß mehrere gleichzeitig eingeklagte Forderungen, die aus einer Quelle herrühren, zusammengerechnet werden dürfen, so gestatten sie damit die Zusammenrechnung in eben dem Umfang, in welchem das R. R. die Verbindung mehrerer Klagen zu einem Verfahren zuließ (s. §. 63). Uebrigens enthalten die Gesetze keine einschlagende Vorschrift. In l. 10 §. 1 D. de app. (49, 1) ist von einer Klage, nicht von mehreren die Rede, nach l. 11 pr. D. de jurisd. (2, 1) dürfen die einzelnen Klagsummen gesondert werden, wenn die auf ein Maximum beschränkte Jurisdiction der Municipalmagistrate in Frage steht („apud eum agi posse"), und in §. 2 ejusd. leg. wird ausschließlich die Frage beantwortet, was als Werthobject der Theilungsklagen zu betrachten sei. Das von Pfeiffer VI. §. 28 dem Dep. Schluß von 1644 (bei Meiern: Acta comitialia II. S. 234*) entlehnte arg. a. contrario aber ist schwerlich geeignet, die Sache definitiv zu entscheiden.

64) Dagegen werden collidirende Interessen niemals in einer Summe veranschlagt, und wenn dennoch die l. 11 §. 2 D. de jurisd. (2, 1) für Theilungsklagen die Competenz nach dem Werthe des gemeinschaftlichen Objects, nicht nach dem der einzelnen Theile bestimmt, so gibt sie als Grund an, „quia et tota res in judicium venit, et vel uni adjudicari potest." Besonders wichtig ist jener Satz im Concursverfahren, in welchem die Concursgläubiger, falls sie nicht auch außerhalb des Concurses als Litisconsorten auftreten könnten,

gerichtlichen Verfahrens, und ist von deren Voraussetzungen selbst nur mittelbar abhängig. Nach diesen Grundsätzen aber muß die Erwachsenheit auch angenommen werden, wenn ein Capital nebst stipulirten Zinsen,[65] oder eine Sache nebst selbständig klagbaren Früchten oder sonstigen Accessionen eingefordert worden ist, und der Gesammtbetrag die Appellationssumme erreicht, wogegen eine andere Regel rücksichtlich der officio judicis zu prästirenden Nebenleistungen gilt. Einer singulären Vorschrift zufolge sollen diese niemals in die summa gravaminis eingerechnet werden, weder für sich noch neben dem Hauptgut[66] (es wäre denn, wie sich von selbst versteht, daß sie den Gegenstand einer Regreßklage bildeten), obschon eine in Beziehung auf sie erhobene Beschwerde vollkommen statthaft ist, wenn die Sache des Hauptgutes wegen ohnehin an den Oberrichter gelangt.[67] Die Reichsgesetze nennen Zinsen, Früchte und (s. g. accessorisches) Interesse;[68] nach der Natur der Sache aber sind eben so die Proceßkosten zu behandeln.[69]

Umgekehrt wird man in manchen Fällen über das im Streit befangene Interesse hinausgreifen und auf zukünftige Rechtssachen Rücksicht nehmen müssen. Hierbei ist nicht an die Ausnahmsfälle zu denken, in welchen der juristische Einfluß der Rechtskraft über die durch die Klage bezeichnete Aufgabe des Processes hinausreicht.[70]

---

sowohl in der Liquidations- als in der Locationsinstanz (wenigstens in der Regel) collidirende Ansprüche verfolgen. Vgl. Scholz a. a. O. XXI. S. 365. A. M. ist Pfeiffer VI. S. 336.

65) Wie in l. 17 D. de app. (49, 1).

66) Vgl. die Reichsgesetze der Note 50, nach denen die summa appellabilis so und so viel Gulden „Hauptguts," „Hauptgeld," „Capital" sein soll.

67) Diese Bedeutung hat für das heutige Recht die l. 13 C. de usuris (4, 32), welche der bloßen Zinsen wegen zu appelliren gestattet.

68) Bei den dem J. R. A. vorausgehenden Verhandlungen einigte man sich am 16. Febr. 1644 zu dem conclusum, daß die summa appellabilis insgemein auf 600 Reichsgulden ohne einigen Anschlag der Interesse oder fructuum — — zu erhöhen sei." Vgl. Meiern a. a. O. (Note 63) II. S. 231*. In den J. R. A. ging aber die betreffende Bestimmung nicht über. Dagegen heißt es in §. 127, wo von der summa revisibilis die Rede ist: „ohne Einrechnung der Zins und Interesse". Ueber die Doctrin der Cameralisten und die Praxis des R. K. Gerichts vgl. Pfeiffer VI. S. 405 fg., welcher der darin hervortretenden Neigung zu einer milden Interpretation der reichsgesetzlichen Bestimmungen zu große Bedeutung für das gemeine Recht einräumt. Vgl. dagegen Linde I. §. 86.

69) Vgl. Linde I. §. 87. Die l. 10 C. qu. prov. non est nec. (7, 64) wird in §. 56 zu Note 61 erklärt werden.

70) S. §. 47 S. 579 fg., S. 592. Vielfach wird freilich die folgende Reihe von Betrachtungen mit der Rechtskraft in Verbindung gebracht, wie namentlich von Pfeiffer VI. S. 373—402, welcher übrigens in der Darstellung des Textes vorzugsweise benutzt worden ist, und der auch Nachweisungen über die ältere Literatur gibt.

Vielmehr handelt es sich um den natürlichen Einfluß, welchen ein rechtskräftiges Urtheil auf die Entscheidung anderer in dem abgeurtheilten Rechtsverhältniß gleichfalls wurzelnden Sachen zu üben pflegt. Wo solche demnächst zur Entscheidung kommen, wird die Rücksicht auf die Einheit des Rechtsverhältnisses den Richter immer geneigt machen, seine eigene Auffassung dem früher ergangenen Urtheile zu accommodiren, und das ist es, was jene freiere Bestimmung des Interesses rechtfertigt. So verhält es sich namentlich bei der successiven Geltendmachung eines Rechts, welches an sich eins ist, oder ursprünglich eins gewesen ist, ohne daß sich jedoch in diesen Fällen überall beide Parteien gleichstehen. Wenn z. B. einer von mehreren Erben aus einer Erbschaftsschuld belangt und verurtheilt worden ist, so darf er sich nicht darauf berufen, daß den übrigen Erben dasselbe Schicksal drohe,[71] während der Kläger im Falle der Abweisung die getheilte Forderung wie eine berechnet. Ein anschauliches Beispiel dieser Art bieten ferner Grundabgaben, denen alle auf einem Gute sitzende Personen unterworfen sind, und Banngerechtigkeiten. Wenn solcher Rechte wegen der Berechtigte mit der a. confessoria einen der Pflichtigen belangt hat, oder mit der a. negatoria von einem der Pflichtigen belangt worden ist, so wird die Erwachsenheit für den Pflichtigen nach dem Werthe der gerade streitigen Verpflichtung, für den Berechtigten dagegen nach dem Werthe des über diesen Proceß hinausreichenden Gesammtrechts bemessen. Eben so ist es mit den Verbindlichkeiten, welche einer von mehreren Gläubigern auf Grund der Erbenqualität gegen den Erben, auf Grund der Gütergemeinschaft gegen den Ehemann geltend macht.[72]

Abgesehen von diesen Beschränkungen und Erweiterungen ist nun aber das unmittelbar streitige Interesse im Umfange der Beschwerden ganz und ausschließlich zu schätzen. So wird bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen die Gegenleistung vom Klagobject nicht

---

71) Ueber die Frage, ob nach l. 5 pr. D. de app. (49, 1) verb. „si quis in coheredum praejudicium se condemnari patiatur, vel similem ob causam, quamvis et sine appellatione tutus est coheres" die übrigen Erben ihrerseits als Intervenienten appelliren dürfen, vgl. §. 7 Note 12a.

72) Einzelne hierher gehörige Entscheidungen finden sich bei Seuffert: Archiv I. 299, VI. 96, 97, VII. 134, VIII. 334, X. 109. Vgl. auch Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Baiern VII. S. 400, VIII. S. 416. Von den hier in Bezug genommenen Entscheidungen gilt jedoch zum Theil das in der Note 70 über die Rechtskraft Bemerkte.

abgezogen, bei Beschwerden, welche Pfandrechte (auch durch Pfändung begründete) und Arreste betreffen, der Werth des verhafteten Objects einerseits, und der Betrag, durch dessen Zahlung es frei wird, andererseits, so wie in Prioritätsstreitigkeiten insbesondere auch der Betrag der fremden angeblich schlechteren Forderung in Anschlag gebracht, und die Erwachsenheit nur dann angenommen, wenn keiner dieser das Interesse des Appellanten bestimmenden Werthe unter der Appellationssumme bleibt.[73] Ewige Renten gelten einem Capitale gleich, dessen landesübliche Zinsen sie darstellen, und sind sie zugleich unablöslich, für den Berechtigten also vortheilhafter, für den Verpflichteten drückender als ohne dies, so werden sie nach gesetzlicher Vorschrift im Verhältniß von 4 zu 100 capitalisirt.[74] Wo dagegen Renten oder Nutzungen auf eine gewisse Reihe von Jahren oder auf die Lebenszeit beschränkt sind (wie beim usufructus), hat man die einzelnen zukünftigen Leistungen unter Abzug des Interusurium zusammenzurechnen, und zu diesem Zweck bei der lebenslänglichen Dauer des Rechts zuvor die wahrscheinlichen Lebensjahre nach den für Legate geltenden Normen zu veranschlagen.[75]

Mitunter indeß ist das Streitobject so unbestimmbar, daß sich zwar ein Maximum oder Minimum seines Werths, nicht aber der wahre Werth, wenigstens nicht so beiläufig feststellen läßt, wie es die Nachweisung der Erwachsenheit mit sich bringt.[76] Als Maximum z. B. für Leistungen, welche eine ungewisse Dauer haben, oder zwar ewig dauern, aber zu unbestimmten Zeiten wiederkehren, muß der Capitalwerth der auf ewige Zeit jährlich zu prästirenden Leistungen gelten; einen höheren Werth können sie nicht haben.[77] Eben so ist der Besitz und das Interesse der Exhibition niemals

---

73) Vgl. Pfeiffer VI. S. 346—350.

74) Von den Reichsgesetzen (vgl. Note 50) waren „ewige unablösliche Gülte, Zinß und Nutzungen" anfänglich für unschätzbar erklärt worden, durch den R. A. von 1570 §. 67 aber und die späteren Reichsgesetze wurden sie (jetzt einfacher „unablösliche" genannt, weil solche zugleich ewige zu sein pflegen) der Appellationssumme in der oben bezeichneten Art unterworfen. Auf den im Text hervorgehobenen Grund der verschiedenen Behandlung von unablöslichen und ablöslichen Renten haben aufmerksam gemacht Bocken: Lectio Blumiana jur. camer. tit. 46 nr. 49, Stryk: Diss. de causis ad cam. imp. non appellabilibus §. 27, und besonders Pfeiffer VI. S. 261 fg.

75) Nach l. 68 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2). Vgl. Pfeiffer VI. S. 294, Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert I. 30, des O. Trib. zu Stuttgart ebendas. II. 237.

76) Ueber diese relative Werthbestimmung vgl. Pfeiffer VI. S. 272 fg.

77) Pfeiffer VI. S. 295 fg.

werthvoller, als das Eigenthum, d. i. das streitige Object selbst,[78] eine Servitut nicht werthvoller, als die dienende Sache.[79] Beispiele eines Minimum bieten die Entschädigungsklagen, deren Object wenigstens den Werth der vernichteten oder entzogenen Sache hat.[80]

In derartigen Fällen nun ist zunächst so viel unzweifelhaft, daß, sollte gleich eine genauere Schätzung nicht ganz unmöglich sein, die Erwachsenheit dann nicht anzunehmen ist, wenn schon das Maximum unter der Appellationssumme bleibt, und umgekehrt die Erwachsenheit dann vorliegt, wenn schon das Minimum die Appellationssumme erreicht. Man muß aber noch einen Schritt weiter gehen. Würde das Maximum appellabel, das Minimum nicht appellabel sein, so ist anzunehmen, daß die Abweichung vom wahren Werthe, wenn sie wirklich nicht schätzbar ist, dem Maximum Nichts entziehe, dem Minimum dagegen das Fehlende zusetze.[81] Es ist dies eine einfache Consequenz der Grundsätze, welche die Reichsgesetze über die Unschätzbarkeit aufstellen.[82]

Gewisse Sachen nämlich lassen überhaupt keine Schätzung zu, sei es, weil sie einen Vermögenswerth nicht haben, oder weil ihr Vermögenswerth das Untergeordnete, oder vollkommen unbestimmbar ist. Bei ihnen wird von der Appellationssumme abstrahirt. Die K. G. Ordnungen geben hierfür eine Reihe von Beispielen,[83] ohne gerade alle Sachen, „so nicht gewisse Achtung hätten," nennen zu wollen. Sie zählen dahin Injuriensachen, in denen auf Widerruf oder Abbitte, nicht auf Geld geklagt worden ist, und diesen sind Streitigkeiten über das eheliche Verhältniß, über den Familien- und

---

78) Ders. VI. S. 278, 279.

79) Die verschiedenen Ansichten stellt Pfeiffer VI. S. 281 fg. zusammen. Offenbar unhaltbar ist es, wenn Manche den Werth des praedium dominans als Maximum betrachtet wissen wollen.

80) Man könnte in gleicher Weise an die actiones in rem denken, wenn nicht das s. g. accessorische Interesse, als Accessionen, Früchte, Preisdifferenzen nach Note 68 bei der Schätzung außer Anschlag bliebe.

81) Belege aus der Praxis finden sich bei Mevius: Decis. I. 68, Cramer: Wetzlarische Nebenstunden CXVII. 8, Estor: Anfangsgründe des Processes I. §. 1244 Note 1. Vgl. Pfeiffer VI. S. 272 fg.

82) Dies scheinen in Beziehung auf das Minimum die K. G. O. von 1555 II. 28 §. 4 und das Conc. der K. G. O. von 1613 II. 31 §. 6 ausdrücklich hervorzuheben, wenn sie Sachen, „so nicht gewisse Achtung hätten," von dem Erforderniß der Appellationssumme ausnehmen, „ob sie gleich unter der bestimmten Summen — wären."

83) Vgl. die Stellen der vorigen Note, und dazu K. G. O. von 1521 tit. 24 §. 1, von 1523 tit. 1 §. 5.

Personenstand gleich zu achten,[84] ferner Obrigkeit, d. i. obrigkeitliche Rechte,[85] so wie „Gülten, Zins und Nutzungen, welche der Obrigkeit anhängig sind," oder was dasselbe ist, in der obrigkeitlichen Stellung des Berechtigten ihre Voraussetzung haben,[86] endlich auch Gerechtigkeit, persönlich und Feldbienstbarkeit, welche jedoch meist die Annahme eines höchsten Werthes zulassen werden.[87]

Was endlich die Nachweisung der Erwachsenheit[88] anbelangt, so muß man die Vorstellung fern halten, als ob es sich dabei um die Competenz des Oberrichters handle.[89] Allerdings liegt dem Oberrichter die Pflicht ob, von Amts wegen auf das Vorhandensein der Appellationssumme zu achten.[90] Diese Pflicht aber hat ihren Grund keineswegs in einer Competenz-Beschränkung. Auf das Appellationsverfahren, welches eine Ergänzung des untergerichtlichen genannt werden kann, weil es nur in Sachen thätig wird, die bisher in unterer Instanz anhängig waren, paßt der Gesichtspunct eines selbständigen Gerichtsstandes überhaupt nicht. Die den Appellationsgerichten im Verhältniß zu den Untergerichten gesetzten Grenzen sind in Wirklichkeit Schranken für die Appellationsbefugniß der Parteien, und wandeln sich als solche in concreto in formale Erfordernisse der Appellation um. Danach ist also namentlich auch das Erforderniß der Appellationssumme zu beurtheilen. Da dieses eben nur die oberen Instanzen vor Ueberbürdung und die Parteien vor unverhältnißmäßigen Kosten behüten soll,[91]

84) Pfeiffer VI. S. 240, 241.

85) Nach Linde I. S. 359 „Jurisdictions-Streitigkeiten im weitesten Sinne," nach Pfeiffer VI. S. 236 „Streitigkeiten über hoheitliche Rechte überhaupt," vorausgesetzt, daß sie „nicht als bloß nutzbare Regalien einer bestimmten Schätzung unterliegen."

86) Linde I. S. 359 versteht darunter solche, welche der Obrigkeit, d. i. in seinem Sinne der Gerichtsherrschaft, zustehen, wogegen Pfeiffer VI. S. 236 mit Recht einen wesentlichen Zusammenhang mit der Obrigkeit erfordert.

87) S. Note 79.

88) Auch auf diesen Gegenstand beziehen sich zum Theil die in Note 44 citirten Schriften.

89) Hiervon gehen aus Linde in der Zeitschr. für C. R. u. Pr. X. 6, Flach ebendas. XII. 4, Hesse das. XIII. S. 23 (wo unter der Voraussetzung der richterlichen Thätigkeit doch wohl die Competenz verstanden sein soll). Pfeiffer VI. S. 424 räumt jenem Standpunct wenigstens einige Berechtigung ein.

90) Dies hat seine gesetzliche Grundlage in der Vorschrift der Reichsgesetze (Note 50), daß keine Sache unter dem Betrag der Appellationssumme bei dem R. K. Gericht „angenommen werden soll."

91) Vgl. R. A. von 1570 §. 66. Auch nov. 23 c. 3 (vgl. Note 48) stimmt damit überein: „— evenit ut super minimis causis maximi nostri judices inquietentur, et homines propter minimas causas magnis fatigentur dispendiis, ut forsitan totius litis aestimatio ad sumtus judiciales non sufficeret."

so läßt sich vor Allem nicht behaupten, daß in Ermangelung der Appellationssumme das Verfahren nichtig sei. Ferner aber will sich der Appellant durch die Nachweisung der Erwachsenheit nur die Gelegenheit zur vollständigeren Vertheidigung verschaffen, und er kann deshalb nicht Mehr als eine einfache Bescheinigung (§. 29)[92] beizubringen haben.[93] Dies erkennen die Reichsgesetze dadurch an, daß sie als Mittel zur Feststellung der Erwachsenheit einen Calumnieneid[94] zulassen, welchen der Appellant dahin auszuschwören hat, daß er viel lieber den Betrag der Appellationssumme von dem Seinen verlieren, oder so viel nicht gewinnen, denn daß er sich der Haupt- und Appellationssache begeben wollte.[95] Dieser Eid ist nicht etwa im Fall der Unschätzbarkeit zu leisten, sondern gerade da, wo eine Schätzung möglich und darum auch erforderlich ist; er ist aber gleichwohl kein allgemein nothwendiges und zulässiges Schätzungsmittel. Unnöthig und unzulässig ist er, wo der Werth des Streitobjects notorisch ist, d. h. sich schon aus dessen Beschaffenheit oder den Vorverhandlungen ergibt, sei es, daß der Oberrichter die erforderliche amtliche Wissenschaft selbst besitzt, oder daß er sich dieselbe durch einen vom Unterrichter einzuziehenden Bericht verschaffen kann. Nach ihrer Beschaffenheit namentlich haben ein notorisches Verhältniß zur Appellationssumme streitige Geldbeträge, so wie Gegenstände, welchen die allgemeine Lebenserfahrung einen entschieden höheren oder geringeren Werth beilegt. Dann aber auch Sachen, welche in Augenschein genommen werden können, oder deren bei der Schätzung in Betracht kommende Eigenschaften actenmäßig feststehen. Denn unter dieser Voraussetzung reducirt sich die Schätzung auf ein technisches Urtheil, welches von Sachverständigen abzugeben ist, und vorliegend nur insofern etwas Besonderes hat, als es nicht von Gerichts wegen erhoben, sondern dem

---

92) Hiermit stimmt überein Scholz III. in der Zeitschr. für C. R. und Pr. X. 5, XI. 12 und Pfeiffer VI. S. 426 und bes. S. 428, während Linde und Flach a. a. O. (Note 89) vollen Beweis verlangen.

93) Eine andere unter den in der vorigen Note citirten Juristen bestrittene Frage bezieht sich auf das Verfahren; Linde und Flach unterstellen ein förmliches Beweisverfahren, Scholz, Hesse und Pfeiffer eine vom Amts wegen, jedoch unter Concurrenz der Parteien vorzunehmende Untersuchung des Oberrichters. Beide Ansichten sind nicht vollkommen zutreffend. S. Note 96.

94) Daß es sich hier um einen Calumnieneid handelt, kann an sich nicht zweifelhaft sein, wird aber zudem durch ein von Cramer Obs. I. 481 mitgetheiltes R. K. G. Decret bestätigt, welches die Ausschwörung dieses Eides durch einen Bevollmächtigten (vgl. §. 25 Note 30) zuläßt.

95) K. G. O. von 1521 tit. 24 §. 2, von 1523 tit. 1 §. 6, von 1555 II. 28 §. 4, Conc. von 1613 II. 31 §. 8.

Character der Bescheinigung entsprechend vom Appellanten außergerichtlich ausgewirkt und alsdann sogleich mit der Introductionsschrift bei Gericht eingereicht zu werden pflegt. Nur wenn dem Oberrichter die Ueberzeugung von der Erwachsenheit nicht beiwohnen, oder nicht in der einen oder anderen Weise verschafft werden kann, soll der Appellant jenen Eid leisten.[96]

Wenn nun der Appellant durch die Appellation bewirken will, daß die ihn beschwerende untergerichtliche Verfügung vom Oberrichter abgeändert werde, so muß er diesem Endzweck entsprechend nach zwei Seiten hin thätig werden. Er muß, wie man im Allgemeinen sagen kann, das untergerichtliche Verfahren zu suspendiren (Suspensiveffect), und die Sache an den Oberrichter zu devolviren suchen (Devolutiveffect).

2. Der Suspensiveffect.

§. 55.

Ohne das Dazwischentreten der Appellation würde die den Appellanten beschwerende untergerichtliche Verfügung rechtskräftig und folgeweise für das weitere Verfahren des Unterrichters maaßgebend werden. Hieraus ergibt sich für die Thätigkeit des Appellanten vor Allem die Aufgabe, den Eintritt der Rechtskraft und den Fortgang des untergerichtlichen Verfahrens zu suspendiren d. i. zu verhindern. Damit ist jedoch nicht genug geschehen. Soll der Oberrichter im Stande sein, den streitigen Punct von Neuem zu prüfen und zu entscheiden, so muß der Unterrichter veranlaßt werden, ihn dazu durch die Ueberweisung der Sache (causam dimittere) und die Edition der Acten (acta edere) in den Stand zu setzen. Der Suspensiveffect ist demnach nicht der einzige Erfolg der Appellation in der bisherigen Instanz, er ist aber der bezeichnendste und jedenfalls der wichtigste.

---

96) Das Conc. von 1613 II. 31 §. 8 drückt sich über die Voraussetzungen dieses Eides so aus: „Und wo ein Zweifel zwischen den Parteien einfiel, ob die Sache, derhalben die Rechtfertigung gewesen, 300 Reichsgulden oder darunter werth sei oder nicht, so dann der Richter erster Instanz oder das Kammergericht deshalb kein gründlich Wissen hätte oder daran zweifeln würde, soll dem Appellanten auferlegt werden —" u. s. w. Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle vgl. Pfeiffer VI. S. 429 fg. Durch die im Text hervorgehobenen Gesichtspuncte erhält auch die in Note 93 berührte Frage, welche selbst Pfeiffer VI. S. 419—429 nicht recht klar auffaßt, ihre principielle Lösung.

1. Der Suspensiveffect wird ohne Vermittelung eines richterlichen Decrets dadurch herbeigeführt, daß der Appellant bei dem Unterrichter die Appellation interponirt (interponere appellationem), d. h. seine Absicht appelliren zu wollen erklärt, sei es unmittelbar nach der Publication der beschwerenden Verfügung durch mündliche,[1] oder späterhin durch schriftliche Anzeige, aus welcher letzteren sich natürlich die Person des Appellanten und die anzufechtende Verfügung mit Bestimmtheit muß erkennen lassen.[2] Zwischen beiden Formen hat der Appellant die Wahl,[3] und nur da ist die schriftliche Form nothwendig, wo von widerruflichen Verfügungen, d. h. im Sinne des C. R. von Interlocuten schlechthin, nach den Reichsgesetzen von Interlocuten, die nicht die Kraft eines Endurtheils haben, appellirt wird. Denn hier sollen schon in der Anzeige sogleich auch die Beschwerden aufgestellt werden,[4] damit der Unterrichter prüfen könne, ob er die betreffende Verfügung nicht lieber selbst zurückziehen wolle.[5]

Obschon aber die Interposition recht eigentlich vor den Unterrichter gehört, ist sie doch nicht unbedingt an denselben gewiesen; nach R. R. darf sie bei dem Oberrichter geschehen, wenn der Unterrichter in publico, d. h. am Orte seiner amtlichen Thätigkeit nicht anzutreffen ist[6] — was bei der heutigen Einrichtung des Geschäftsbetriebes kaum noch vorkommen kann[6a] —, nach R. und C. R. vor Zeugen („contestatione publice proposita“) im Falle gewaltsamer

1) L. 2 D. de app. (49, 1) [„Sed si apud acta quis appellaverit, satis est, si dicat: appello“], l. 5 §. 4 D. eod., l. 14 C. eod. (7, 62) [„Litigatoribus copia est etiam non scriptis libellis illico appellare voce“], Not. O. von 1512 tit. 4 §. 1.

2) L. 1 §. 4 D. eod. (49, 1) [„Libelli, qui dantur, appellatorii ita sunt concipiendi, ut habeant scriptum et a quo dati sunt, et adversus quem, et a qua sententia“], l. 3 pr. D. eod. [„Scio quaesitum, si quis non addiderit in libellis, contra quem adversarium appellet, an praescriptioni subjiciatur, et puto, nihil oportere praescribi“]. Anders wenn die Appellaten nicht alle genannt worden sind, sondern nur einer oder einige von ihnen — l. 3 §. 1 D. eod. —. Außerdem vgl. über die libelli appellatorii l. 3 §. 2, 3, l. 13 pr. D. eod., c. 9 in VI. de app. (2, 15). — Natürlich ist der nicht publicirten, sondern insinuirten Verfügung gegenüber nur die schriftliche Anzeige möglich.

3) K. G. O. von 1555 II. 29 §. 3, Conc. von 1613 II. 32 §. 2.

4) C. 59, 61 X. de app. (2, 28), c. 1, 3 §. 2 in VI. eod. (2, 15), c. 5 Clem. eod. (2, 12), Not. O. von 1512 tit. 4 §. 1, K. G. O. von 1555 II. 29 §. 4, Conc. von 1613 II. 32 §. 3.

5) Dieses Motiv ergibt sich aus c. 60 X. de app. (2, 28), c. 10 in VI. eod. (2, 15).

6) L. 1 §. 10 (vgl. mit §. 9) D. quando app. (49, 4).

6a) Vgl. Emminghaus im Archiv für pract. R. W. VI. 8.

Verhinderung,[7] und nach den Reichsgesetzen vor Notar und Zeugen ohne jede besondere Voraussetzung.[8] Diese Erleichterung mag sich daraus erklären, daß die Interposition innerhalb der kurzen Frist von 10 Tagen[9] geschehen muß, welche vom Tage der Publication (oder Insinuation) des anzufechtenden Urtheils,[10] für absentes non defensi aber von der erlangten Kenntniß an läuft.[11] Vor dem Beginn oder nach dem Ablauf dieser Frist[12] vorgenommen, ist die Interposition unnütz.[13] Zwar kennt das C. R. eine appellatio a gravamine futuro und selbst „ab omni gravamine, quod in una causa sibi possit inferri, quanquam generalis appellatio sit interposita“[14] (die s. g. blinde Appellation). Da aber die Reichsgesetze dieser Formen keine Erwähnung thun, so haben sie sich in der deutschen Praxis nicht eingebürgert.[15] Eben so wenig ist eine Erstreckung der Frist möglich, weder eine richterliche[16] noch

7) L. 7 D. de app. (49, 1), l. 2 C. de his, qui per metum (7, 67), c. 73 X. de app. (2, 28).

8) Not. O. von 1512 tit. 4 §. 1, K. G. O. von 1555 II. 29 §. 5, Conc. von 1613 II. 32 §. 4. In dieser Interposition vor Notar und Zeugen ist die vor Zeugen aufgegangen.

9) Nov. 23 pr. c. 1, c. 15 X. de sent. et re jud. (2, 27), c. 7, 8 in VI. de app. (2, 15), R. A. von 1532 art. 3 §. 9, K. G. O. von 1555 II. 29 §. 2, Conc. von 1613 II. 32 §. 1. Nach vorjustinianeischem Recht waren für die Interposition der Appellation in eigenem Namen zwei, in fremdem Namen drei dies utiles gesetzt. Vgl. l. 5 §. 4, l. 20 pr. §. 1 D. de app. (49, 1), l. 1 §. 5—15, l. 2 D. qu. app. (49, 4), l. 6 §. 5 C. de app. (7, 62). — Ueber den Einfluß, welchen der Tod des Appellanten auf die Berechnung der Frist übt, vgl. §. 6 Note 5, 6.

10) Bei den Worten der nov. 23 c. 1 „intra X dierum spatium a recitatione sententiae numerandum“ ist nicht, wie gewöhnlich geschieht, die Naturalcomputation (a momento ad momentum), sondern die Civilcomputation, welche die Regel bildet, zu unterstellen. Vgl. Savigny: System IV. S. 415. Der Tag der Publication wird daher nicht mitgezählt und der 10te Tag voll gerechnet.

11) Das c. 8 in VI. de app. (2, 15) bezeichnet diesen Anfangspunct für Appellationen von actibus extrajudicialibus (s. g. Extrajudicial-Appellationen), über welche §. 58 zu vergl. ist. Das vorjustinianeische Recht aber berechnet in gleicher Art die Frist für die Appellation des absens non defensus — l. 1 §. 15 D. quando app. (49, 4) —, obschon es nach l. 1 §. 5 D. eod. regelmäßig das „biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae“ computirt, und man wird daher diese Ausnahme neben dem neuen decendium fortbestehen lassen müssen. Vgl. Linde II. S. 33.

12) L. 19, 20 §. 2 D. de app. (49, 1), c. 13, 15 X. de sent. et re jud. (2, 27). Vgl. auch c. 8 in VI. de app. (2, 15).

13) C. 3 Clem. de app. (2, 12).

14) C. 18 (vgl. mit c. 2) X. eod. (2, 28). Es wird dabei wohl eine appellatio extrajudicialis (§. 58) zu unterstellen sein.

15) Vgl. Martin: Lehrbuch §. 277 Note g (und die daselbst Citirten), Linde im Archiv für civ. Pr. XIX. S. 3.

16) R. A. von 1532 art. 3 §. 9, K. G. O. von 1555 II. 29 §. 2, Conc. von 1613 II. 32 §. 1.

eine conventionelle;[17] gegen den Ablauf der Frist aber darf um Restitution gebeten werden.[18]

Indem nun die ordnungsmäßig geschehene Interposition den Suspensiveffect mit sich führt, hat sie genau genommen eine doppelte Wirkung, sie verhindert, daß die Verfügung, gegen welche sie sich richtet, rechtskräftig wird („sententia appellatione suspensa"),[19] und nöthigt damit zugleich den Unterrichter, mit dem Verfahren einzuhalten (jurisdictio per appellationem suspensa").[20]

a. Die Rechtskraft wird überall suspendirt, wo die angefochtene Verfügung der Rechtskraft fähig, d. h. auf beiderseitiges Gehör ergangen ist. Einfache Decrete dagegen, welche den betreibenden Theil beschweren, d. i. den von ihm gestellten Antrag abgewiesen haben, können zwar, sofern sie überhaupt appellabel sind, nach Ablauf der Interpositionsfrist nicht mehr angefochten werden, gehen aber darum nicht in Rechtskraft über, sondern bleiben widerruflich. Und wird daher der frühere Antrag nochmals eingebracht, so veranlaßt er eine weitere Verfügung, der gegenüber die Appellation von Neuem in Frage kommt.[21]

---

17) Das Gegentheil ergibt sich nicht aus l. 5 §. 6 C. de temp. et reparat. (7, 63) verb. „vel ullum fatale observare," wie vielfach behauptet worden ist. Diese Worte sind vielmehr nur eine Verstärkung der unmittelbar vorausgehenden „ad provocationis auxilium pervenire," und der Sinn der Stelle ist, daß die Parteien sich durch schriftliche Uebereinkunft über die Ausschließung der Appellation zum Voraus einigen dürfen. Vgl. Linde II. S. 34 fg., welcher auch literarische Nachweisungen gibt. Dieses Resultat wird bestätigt durch die in der vorigen Note citirten Reichsgesetze. Vgl. auch Gaill: Obs. I. 139 nr. 6. A. M. ist das Erk. des O. A. G. zu Jena bei Seuffert: Archiv XXIV. 292.

18) L. 8 in f. D. de in int. rest. (4, 1), l. 7 §. 11 D. de minor. (4, 4), l. 1 C. si saepius (2, 44).

19) L. 3 C. sent. resc. n. posse (7, 50), l. 32 §. 3—5, l. 33, 37 C. de app. (7, 62), c. 19 X. de jurejur. (2, 24), c. 1, 13 X. de sent. et re jud. (2, 27), c. 44 X. de app. (2, 28). Consequenzen dieser Wirkung finden sich in l. 6 §. 1 D. de his qui not. (3, 2), l. 13 §. 2 D. qui test. fac. (28, 1), l. 14 §. 8 D. de bon. lib. (38, 2), l. 1 §. 14 D. ad S. C. Turp. (48, 16).

20) L. 5 pr. C. de temp. et rep. (7, 63) [„lis provocatione suspensa"], c. 28 §. 2 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29), c. 53 §. 1 X. de app. (2, 28), c. 10 in VI. eod. (2, 15). Ueber die Bedeutung dieser Seite des Suspensiv-Effects vgl. §. 52 Note 21—27.

21) Das Vorstehende beruht auf den Resultaten des §. 51, und wird bestätigt durch das von der Extrajudicial-Appellation handelnde c. 8 in VI. de app. (2, 15): „intra X dies si velit appellet; post decendium vero eidem aditus non pateat appellandi. Sed si per contradictionem debitam vel alia juris remedia petierit revocari gravamen, ei (dummodo medio tempore his non consenserit) lapsus decendii non obsistat." In manchen Ländern, z. B. in Hessen, hat sich sogar die (eigentlich consequente) Regel gebildet, daß in dem Fall, welchen der Text bespricht, die Wahrung des decendium nicht erforderlich sei. Gemeinrechtlich ist dies aber nicht. Vgl. Bayer: Vorträge S. 1073 unter 2.

Mit der Suspension der Rechtskraft aber verbindet sich regelmäßig auch die Suspension

b. des weiteren Verfahrens, welches sich mit Sicherheit nur auf Grund eines rechtskräftigen Urtheils fortführen läßt. Dieser Zusammenhang ist so natürlich, daß das ältere R. R. eine Trennung beider Effecte gar nicht kennt. Der Unterrichter soll in Folge der Interposition sogar dann einhalten, wenn er die Appellation nicht als statthaft ansieht („si non recipit appellationem"), damit der vom Appellanten darüber einzuholenden Entscheidung des Oberrichters[22] nicht vorgegriffen werde („ne praejudicium fiat").[23] Von dieser Bestimmung ist freilich in späterer Zeit, obgleich nicht schon im justinianeischen Recht, Abstand genommen und dem Unterrichter in allen Fällen, in welchen die Appellation untersagt ist, die vorläufige Fortsetzung des Verfahrens anbefohlen worden.[24] Die Regel aber hat dadurch offenbar keine Abänderung erlitten,[25] und eben so wenig durch die andere Vorschrift des C. R.[26] und der Reichsgesetze,[27] nach welcher die Appellation von einfachen Interlocuten das Verfahren nicht unterbrechen soll, „es sei denn evidens periculum in mora oder daß daraus damnum irreparabile erfolgen müßte."[28] Denn wo die Appellation untersagt ist, kann deren

22) S. Note 39—41.

23) L. 1 pr. D. nihil innovari appellatione interposita (49, 7), l. 6 D. de app. recip. (49, 5), l. 3, 13 C. de app. (7, 62), l. 3 C. quando prov. (7, 64), nov. 134 c. 3. Vgl. auch l. 16 D. de app. (49, 1), l. 27 §. 3 D. de inoff. test. (5, 2).

24) C. 3 §. 3, 5, c. 7 in VI. de app. (2, 15), R. A. von 1594 §. 93, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 37 pr., Vis. A. von 1713 §. 49, und die Citate des §. 54 Note 95. — In diesen Gesetzen ist meist von der oberrichterlichen Inhibition und Revocation der Attentate die Rede, sie lassen aber einen Rückschluß auf das vom Unterrichter einzuhaltende Verfahren zu.

25) C. 55 X. de app. (2, 25), c. 7 in VI. eod. (2, 15), R. A. von 1594 §. 93, Conc. von 1613 III. 37 pr.

26) C. 2 in VI. de dolo et cont. (2, 6), c. 7 in VI. de app. (2, 15). Hier ist von Interlocuten schlechthin die Rede. Dagegen läßt die l. 39 pr. D. de minor. (4, 4), welche die Grundlage der interlocutiones vim definitivae habentes bildet, das Verfahren in Folge der Appellation von der „dicta pro aetate sententia" still stehen. Daraus erklärt sich die Beschränkung, welche die Reichsgesetze (Note 24) der Vorschrift des C. R. gegeben haben.

27) R. A. von 1594 §. 94, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 37 §. 1.

28) Das C. R. kennt solche Ausnahmen nicht, gestattet aber dem Oberrichter unbedingt, das unterrichterliche Verfahren zu inhibiren — vgl. c. 3 §. 3, 4, c. 7 in VI. de app. (2, 15) —, und auch die in der vorigen Note citirten Reichsgesetze wissen nur von Fällen, in denen der Oberrichter inhibiren darf und soll. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß in diesen Fällen der Unterrichter von selbst einzuhalten hat. Man hat dabei heut zu Tage an die Verwerfung eines gegen das Endurtheil gerichteten Restitutionsgesuchs, einer Principalintervention, einer Executionseinrede und an ähnliche Fälle zu denken.

Einwendung auch die Rechtskraft nicht suspendiren, und wenngleich einfache Interlocute unter Umständen appellabel sind, so sind sie doch niemals der Rechtskraft fähig. Allerdings aber lassen das spätere R. R. und die Reichsgesetze mitunter die Suspension der Rechtskraft eintreten und dennoch das unterrichterliche Verfahren weitergehen. Erstens nämlich, wenn die Interposition beim Oberrichter oder vor (Notar und) Zeugen geschehen ist, indem sie dann dem Unterrichter erst insinuirt werden muß, bevor er verpflichtet sein kann, den bisherigen Stand beizubehalten.[29] Und zweitens in einigen Fällen, in welchen die Suspension des Verfahrens eine Unbilligkeit gegen den Appellaten involviren würde, d. i. a. nach R. R., wenn über den Besitz gestritten wird[30] und, wie die Reichsgesetze hinzufügen, der Appellat im Besitz ist,[31] b. nach den Reichsgesetzen in Wechsel- und sonstigen mit der parata executio versehenen Sachen, in denen „dem Richter erster Instanz unbenommen sein soll, — — nach der Sachen Befind- und Ermäßigung entweder mit oder ohne Caution der Gläubigern die Execution zu vollziehen."[32]

Von der Aufrechthaltung des Suspensiveffects ist bereits in §. 52, und von der durch den Aufschub der Execution unter Umständen nothwendig werdenden Sequestration des Streitobjects in §. 30 (Note 74, 75) die Rede gewesen.

2. Auch die Dimission der Sache an den Oberrichter

---

29) C. 1 Clem. de app. (2, 12), K. G. O. von 1555 II. 29 §. 5, Conc. von 1613 II. 32 §. 7. Diese Ausnahme muß übrigens schon im späteren R. R. unterstellt werden, als Consequenz der Constitutionen (von D. Severus), welche die Interposition vor Zeugen zuerst gestatteten. Vgl. Note 6, 7.

30) L. 1 C. si de momentanea possessione fuerit appellatum (7, 69): „Cum de possessione et ejus momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortitur effectum." Diese Stelle bezieht sich sowohl auf die interdicta retinendae possessionis als auf die interdicta recuperandae possessionis — vgl. Cujacius: Paratitla in Cod. lib. VII. tit. 69, Albert: Ueber das interdictum uti possidetis §. 140, 141, und über den Ausdruck „momentum" Bruns: Die Besitzklagen S. 88 fg. —, und schließt nicht die Appellation selbst, sondern nur den Suspensiveffect aus — vgl. Albert a. a. O. §. 142—144 —. Sie ist aber von jeher in der verschiedensten Weise ausgelegt, und meist von dem possessorium summarium verstanden worden. Vgl. §. 30 Note 85, 86, 91.

31) R. A. von 1594 §. 93, Conc. der K. G. O. von 1613 III. §. 37 pr. Die hinzugefügte Beschränkung ist nur in „possessorio retinendae" denkbar, welches deshalb auch speciell genannt wird. Sie weist zugleich für die reichsgesetzliche Bestimmung einen anderen Ursprung als die l. 1 C. cit. nach. Gaill: Obs. I. 145 nr. 2 erwähnt diese Constitution gar nicht, sondern leitet den obigen Satz mit Berufung auf die Italiener aus der allgemeinen Regel (§. 14 Note 82) ab, daß der Besitzer durch die Litispendenz an der ordnungsmäßigen Ausübung des Besitzes nicht gehindert werden dürfe.

32) J. R. A. §. 107.

und die Edition der Acten muß der Appellant beim Unterrichter auswirken. Nach N. R. verhält es sich hiermit so. Wenn die Appellation interponirt worden ist, so kann sie der Unterrichter sofort für unstatthaft erklären (non recipere).[32a] Thut er dies nicht, so nimmt er sie an, und ist dann verpflichtet, binnen 30 Tagen a die sententiae[33] dem Appellanten einen Bericht, in welchem er die geschehene Interposition bekundet und die Sache an den Oberrichter dimittirt, deshalb literae dimissoriae oder apostoli genannt,[34] so wie eine Abschrift der verhandelten Acten auszuhändigen.[35] Ein ausdrückliches Gesuch ist dazu nicht erforderlich, da ein stillschweigendes schon in der Interposition liegt; der Unterrichter soll jener Verpflichtung auch unaufgefordert nachkommen,[36] widrigenfalls er einer Strafe unterliegt.[37] Um sich jedoch ohne Apostel an die obere Instanz wenden zu können, muß der Appellant zu beweisen im Stande sein, daß er alle Sorgfalt angewandt, daß er wiederholt und dringend („instanter et saepius") um Apostel gebeten habe.[38] Wenn andererseits der Unterrichter die Appellation von vorn herein für unstatthaft erklärt, so soll er unter Angabe der Verwerfungs-

---

32a) Hiervon handeln die tit. Dig. 49, 5 de appellationibus recipiendis vel non, Cod. Th. 11, 36, Cod. Just. 7, 65 quorum appellationes non recipiuntur. Vgl. auch §. 54 Note 34, 35, 37, 38.

33) L. 6 §. 6 C. de app. (7, 62) [„Apostolos autem post interpositam appellationem — — sine aliqua dilatione judicem dare oportet"], l. 24 C. eod. [„— triginta dierum spatia ex die sententiae definita sunt, intra quae gesta una cum relatione litigatoribus convenit praestari"]. Früher waren für „postulatio et acceptio" fünf Tage — Pauli R. S. V. 34 §. 1 — geordnet, und die nicht glossirte nov. 126 c. 3 setzt dem Richter eine Frist von 30 Tagen, von der Interposition der Appellation an gerechnet, für die Ueberlieferung der Acten „μετὰ τῆς ἰδίας ὑπογραφῆς."

34) L. 1. pr. §. 1 D. de libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur (49, 6) [„— Sensus autem literarum talis est, appellasse puta Lucium Titium a sententia illius, quae inter illos dicta est"], l. 106 D. de V. S. (50, 16) [„— quod causa ad eum, qui appellatus est, dimittitur], Pauli R. S. V. 34 §. 1.

35) L. 24 C. de app. (7, 62).

36) L. 6 §. 6 C. eod.: „— etiam non petente appellatore." Ueber das frühere Recht vgl. Note 33.

37) L. 24 C. eod. Die nicht glossirte nov. 126 c. 3 läßt, wenn der Unterrichter die gesetzliche Frist versäumt, den Verlust der Appellation eintreten, und gibt dem Appellanten gegen ihn eine Entschädigungsklage.

38) Dies ist im neueren Recht der Sinn der l. 1 §. 2 D. de lib. dim. (49, 6): „Sufficit autem petisse intra tempus dimissorias instanter et saepius, ut etsi non accipiat, id ipsum contestetur; nam instantiam repetentis dimissorias constitutiones desiderant. Aequum est igitur, si per eum steterit, qui deberet dare literas, quo minus det, ne hoc accipienti noceat."

gründe gleichfalls sofort („confestim“) einen Bericht abfassen und dem Appellanten zur Beförderung an den Oberrichter übergeben,[39] worauf dieser demnächst, jenachdem er seinerseits die Appellation unstatthaft oder statthaft findet, den Appellanten oder den Unterrichter in eine Strafe verurtheilt.[40] Für die Einführung der Appellation aber bedarf es dieses Berichtes nicht, vielmehr genügt der Beweis, daß die Appellation nicht angenommen worden sei.[40a] Sich über die Nicht-Annahme der Appellation zu beschweren, ist dem Appellanten deshalb gestattet, weil er die Fortsetzung des Verfahrens, also ein Attentat, befürchten muß.[41]

Diesem Verfahren nun hat das C. R. dadurch eine einfachere Form gegeben, daß es den vom Unterrichter im Falle der Verwerfung der Appellation zu erstattenden Bericht unter den Gesichtspunct von Aposteln bringt.[42] Mag die Appellation zugelassen oder verworfen werden, überall soll in jener dreißigtägigen Frist der Appellant öfter und dringend, wenngleich in einem Zuge („uno contextu“) um Apostel bitten,[43] und der Unterrichter dieselben ertheilen. Versäumt es der Appellant, dieser Pflicht nachzukommen, so verliert er sein Rechtsmittel;[44] versäumt oder verweigert es der Richter, so ist nicht bloß das von ihm etwa fortgesetzte Verfahren nichtig,[45] sondern es darf auch die Appellation ohne Apostel in der oberen Instanz eingeführt werden.[46] In der Bitte um Ertheilung der Apostel aber wird die um Edition der Acten enthalten gedacht,

---

39) L. 6 D. de app. rec. (49, 5).

40) L. 19, 21 C. de app. (7, 62). Vgl. auch §. 51 Note 29, 30.

40a) L. 5 pr. D. de appell. rec. (49, 5), l. 19, 31 C. de app. (7, 62).

41) Hiervon handelt l. 5 §. 1—5 D. de appell. rec. (49, 5). Vgl. dazu Briegleb: Vermischte Abhandl. I. 4, so wie den §. 56 Note 4.

42) C. 1 in VI. de app. (2, 15) [„— petat apostolos, quos ei praecipimus exhiberi; in quibus (sc. judex) adpellationis causam exprimat, et cur non sit admissa vel si adpellationi forsan ex superioris reverentia sit delatum“], c. 4, 6 in VI. eod.

43) C. 1 [„petat apostolos“], c. 6 [„intra XXX dies instanter apostoli peti debent“] in VI. eod. (2, 15), c. 2 Clem. eod. (2, 12) [„sufficere quod per appellantem simul uno contextu apostoli instanter et saepius postulentur“]. Bei dem „rigor juris,“ welchen die letzte Stelle erwähnt, ist ohne Zweifel an l. 1 §. 2 D. de lib. dim. (49, 6) gedacht. Eben so ist die 30tägige Frist dem R. R. entnommen, und deshalb ex die sententiae zu rechnen (Note 33), wie man daraus ersieht, daß sie nicht blos für die Bitte um Apostel, sondern auch (wie nach R. R.) für die Ertheilung derselben gesteckt ist; „et eidem intra dictum tempus (apostoli debent) a judice exhiberi,“ sagt das c. 6 in VI. cit.

44) Vgl. die Stellen der vorigen Note.

45) C. 4, 6 in VI. de app. (2, 15).

46) C. 2 §. 1 Clem. eod. (2, 12).

und es ist eine reine Singularität des reichsgerichtlichen Processes, daß derselbe die Bitte um Apostel wieder ins Belieben des Appellanten stellt,[47] dagegen bei Strafe der Desertion gleich bei Verkündung der Appellation und vor Verfließung derer a die interpositae appellationis nächst folgenden 30 Tagen vom Unterrichter die acta priora requirirt wissen will.[48] Gemeinrechtlich möchte eine besondere und ausdrückliche Bitte um Actenedition nur da erforderlich sein, wo die Appellation außergerichtlich vor Notar und Zeugen interponirt worden ist.[49]

Indeß ist mit diesen Modificationen des R. R. dem Unterrichter keineswegs zur Pflicht gemacht, einer jeden Appellation unbesehen zu deferiren (Note 24). Er muß sie nur annehmen, und die Interposition bescheinigen, d. h. Apostel ertheilen. Denn diese Bescheinigung bildet jetzt den wesentlichen Inhalt der Apostel, welche nicht mehr nothwendig die Dimission der Sache auszusprechen brauchen (apostoli dimissoriales), sondern je nach den Umständen die Appellation auch für verwerflich erklären (apostoli refutatorii), oder die Beurtheilung ihrer Statthaftigkeit dem Oberrichter anheimgeben können (apostoli reverentiales),[50] sich aber aller-

47) K. G. O. von 1555 II. 30 §. 1, 2, Conc. von 1613 II. 33 pr. §. 1 vgl. mit der K. G. O. von 1527 §. 6. — Daß die gemeinrechtliche Doctrin hiermit nicht übereinstimmt, kann keinem Zweifel unterliegen. Ueber die italienische vgl. Pillius: De ord. jud. III. 17, Tancredus: Ord. jud. IV. 5 §. 10 („Sed si dimissorias instanter non petat, imputatur ei, licet judex male fecerit, quod eas non dedit, ut Cod. de app. l. eos. §. apostolos et l. judicibus"), Durantis: Spec. jud. IV. 2 de appell. §. 3 nr. 15, Lanfr. de Oriano: Practica, tit. de interloc. et appell. nr. 43, Maranta: Prax. aur. VI. de appell. nr. 416, Scaccia, Tr. de appell. XIII. 3. nr. 24. — Von den deutschen Juristen wird vielfach ausdrücklich auf die zwischen dem gemeinen Recht und den K. G. Ordnungen bestehende Differenz hingewiesen. Vgl. Joa. Urbach: Proc. jud. (ed. Muther) c. 41 p. 261, Wurmbser: Pract. obs. XXIV. 23, Mynsinger: Obs. IV. 36, Gaill: Obs. I. 139 nr. 15, Mevius: Decis. I. 36 (welcher eine dem Kammergerichtlichen Proceß entsprechende Praxis des Tribunals in Wismar bezeugt), Lauterbach: Coll. theor. pract. XLIX. 6 §. 1, Stryk: U. M. XLIX. 6 §. 1, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 990, Seyffart: Teutscher R. Pr. c. 27 §. 19 (und die das. in Note a. Citirten), Danz: Grundsätze §. 420, Martin: Lehrbuch §. 286, Linde: Handbuch II. S. 48, Heffter: System §. 449, Schmid: Handbuch III. §. 231 Note 20.

48) K. G. O. von 1521 tit. 24 §. 3, von 1523 tit. 4 §. 3, von 1527 §. 7, von 1555 II. 31 §. 1, 11, III. 32 §. 5, Conc. von 1613 II. 34 pr. §. 12, III. 35 pr. Die Strafe der Desertion wird aber erst vom J. R. A. §. 61—63 angedroht. Der eigenthümliche Anfangspunct dieser Frist scheint einer in der italienischen Doctrin rücksichtlich des tempus petendi apostolos vorkommenden Ansicht entlehnt zu sein. Vgl. Mynsinger: Obs. IV. 36.

49) Es entspricht dies der bei den deutschen Juristen wiederkehrenden Annahme, daß der Appellant nicht bloß um Apostel, sondern auch um Edition der Acten bitten müsse.

50) Diese Bezeichnungen werden zusammengestellt von Henr. de Se-

dings immer noch in der einen oder anderen Art äußern sollen. Welche practische Bedeutung diese Unterschiede haben, wird sich unten (§. 57 Note 8) in der Lehre von der Remission zeigen. Sollte die Appellation vor einem Notar und Zeugen interponirt worden sein, so werden die Apostel durch das vom Notar aufgenommene Instrument (apostoli testimoniales)[51] vertreten.

Rücksichtlich der Actenedition enthält das C. R. nichts Neues, und auch die Reichsgesetze gehen über das R. R. nur insoweit hinaus, als sie die von demselben dem Unterrichter angedrohte Disciplinarstrafe nicht gerade an die Versäumung der 30tägigen Frist (Note 33—35), sondern schlechthin an das „gefährlich Verziehen" der Actenbehändigung knüpfen.[52] Dies hängt damit zusammen, daß die Acten dem Appellanten in Abschrift, nicht im Original übergeben werden. Der Unterrichter soll unverzüglich eine Abschrift der Acten beschaffen, und demnächst die abgeschriebenen Actenstücke in Gegenwart der Parteien, welche er deren Vollständigkeit prüfen und anerkennen läßt, inrotuliren (d. h. verzeichnen), verpacken, versiegeln und so dem Appellanten gegen die gesetzliche oder eine angemessene Schreibegebühr[53] ausantworten.[54] In den meisten Territorien ist jedoch das Abschreiben der Acten außer Gebrauch gekommen; wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, werden dem Oberrichter, und zwar immer erst auf dessen Befehl, die Originalacten mit der Post zugesandt.

3. Der Devolutiveffect.

§. 56.

Näher als durch die bisher betrachtete mehr vorbereitende Thätigkeit kommt der Appellant seinem Ziele dadurch, daß er die

gusio: Summa aurea II. de appell. sub rubr. Diversa genera apostolorum — vgl. Joa. Andreae in add. ad Durant. IV. 2 de app. §. 3 nr. 1 — und kehren dann constant bei den Späteren und auch in den Reichsgesetzen — vgl. z. B. K. G. O. von 1521 tit. 23 §. 1 — wieder. Den Ausgangspunct bildete c. 1 in VI. de app. (2, 15).

51) Testimoniales nennt man wohl auch die Apostel schlechthin, weil sie die Wahrung der Fatalien bezeugen sollen.

52) K. G. O. von 1555 II. 31 §. 10, Conc. von 1613 II. 34 §. 11, J. R. A. §. 61 („wann einiger vorsätzlicher Auffzug hierin verspüret würde".

53) „Um ziemliche Belohnung." Vgl. K. G. O. von 1521 tit. 24 §. 3, von 1523 tit. 4 §. 5, von 1527 §. 6, R. A. von 1532 art. 3 §. 10, 11, K. G. O. von 1555 II. 31 §. 1, 4, 6, 8—10, Conc. von 1613 II. 34 pr. §. 2, 3, 5, 7—10, J. R. A. §. 61.

54) J. R. A. §. 62.

Appellation in der oberen Instanz introducirt, d. h. den Oberrichter anruft (appellat), um ihn zur Annahme der Sache zu bestimmen und dadurch deren Devolution an ihn zu erwirken.

Als Oberrichter aber hat man denjenigen Richter zu denken, welcher in der Organisation der Gerichte dem beschwerenden Richter unmittelbar übergeordnet ist.[1] Es kann also weder an einen dem bisherigen Richter gleichstehenden, noch an einen höheren, aber demselben nicht übergeordneten, noch auch an einen übergeordneten, aber durch eine Mittelinstanz von ihm getrennten Richter appellirt werden,[2] selbst wenn der Gegner seine Zustimmung dazu gäbe. Nur da ist das Ueberspringen einer Instanz, die appellatio per saltum, gestattet, wo der nächste Oberrichter dem Appellanten das Recht versagt hat, oder der Sache verwandt ist, oder aus anderen Gründen nicht Richter sein kann.[3] Jedoch ist das irrthümliche Anrufen eines unrechten Richters und die darüber versäumte Wahrung der Introductionsfrist ohne Nachtheil für den Appellanten, falls dieser sich nicht an einen Richter gewandt hat, der niedriger steht als der eigentlich competente, was die Regel ausdrückt: „Appellatio ad majorem vel parem non nocet, ad minorem nocet.“[4]

---

1) Nov. 23 c. 4: „— quum non oporteat ad compares judices appellationes referri, sed a minore judicio in majus tribunal ascendere.“ Am bestimmtesten aber werden die obigen Grundsätze in den Reichsgesetzen ausgesprochen. So schon in der K. G. O. von 1495 tit. 9: „Item es soll kein Appellation angenommen werden, die nit gradatim geschehen were, das ist an das nechst ordentlich Obergericht.“ Vgl. auch K.G.O. von 1555 II. 29 §. 1 (— „die nit gradatim geschehen und die einen nehern Richter hett“), Conc. von 1613 II. 32 pr.

2) C. 66 X. de app. (2, 28): „— cum omisso dioecesano Episcopo fuisset ad Archiepiscopum appellatum, ad quem gradatim fuerat appellandum, in causa ipsa de jure procedere non debebat.“ Nach c. 7 X. eod. aber konnte man mit Ueberspringung der Mittelinstanzen sofort an den Papst appelliren, was sich daraus erklärt, daß der Papst auch in erster Instanz concurrente Jurisdiction hatte.

3) Es finden hier die Gesichtspuncte des §. 38 S. 463 Anwendung. Vgl. die K. G. O. von 1555 II. 29 §. 1, das Conc. von 1613 II. 32 pr., wo die im Text angeführten Fälle ausdrücklich hervorgehoben werden.

4) L. 1 §. 3 D. de app. (49, 1) [„— Si quis ergo vel parem vel majorem judicem appellaverit, alium tamen pro alio, error ei non noceat; sed si minorem, nocebit“], l. 21 pr., §. 1 D. eod. Ein ähnlicher Fall (nämlich der der Beschwerde über die Nicht-Annahme der Appellation — §. 55 Note 41 —), wird in l. 5 §. 3—5 D. de app. rec. (49, 5) behandelt, jedoch in einem Punct (§. 4 „Si alium pro alio adiit, non principem, nihil ei hic error proderit“) anders beurtheilt. So nun auch Briegleb: Vermischte Abhandl. I. S. 139 fg., der in seiner Polemik fehlgreift, wenn er dieser Note 4 den Vorwurf macht, sie nehme einen Widerspruch zwischen den beiden abgedruckten Pandektenstellen an, während sie doch genau mit dem übereinstimmt, was er selbst auf S. 143 als seine Ansicht durch die Worte bezeichnet: „Und damit scheint allerdings für die

Concurriren mehrere Obergerichte, was in früherer Zeit öfter vorkam — man denke z. B. an die Concurrenz des R. K. Gerichts und des R. H. Raths —, so entsteht die Frage, mit welchem Moment der Appellant an das einmal gewählte Gericht gebunden sei, und welches derselben den Vorzug habe, wenn beide Theile oder wenn Intervent und Intervenient appelliren und jeder sich an ein anderes Gericht wendet. Die für den Gerichtsstand geltenden Grundsätze (§. 46) können hier, wo es sich nicht so wohl um die Begründung einer selbständigen Competenz als um den Uebergang einer begründeten Competenz vom niederen auf den oberen Richter handelt, nicht ohne Weiteres maaßgebend sein. Man wird vielmehr behaupten müssen, daß dasjenige Obergericht das definitiv competente sei, an welches die Sache zuerst devolvire.[5] Dabei ist es einerlei, ob wegen derselben oder wegen verschiedener Beschwerdepuncte appellirt wird.[6] Denn immer ist es die Sache, welche an den Oberrichter devolvirt, nicht die einzelnen Beschwerden.[7]

Daß aber die Devolution bewirkt, d. h. die unterrichterliche Competenz auf den Oberrichter übergegangen, oder specieller ausgedrückt, dem Oberrichter die Befugniß gegeben sei, an die Stelle des durch die Appellation suspendirten unterrichterlichen Urtheils ein neues bestätigendes oder abänderndes Urtheil zu setzen, darf

---

Attentatenbeschwerde eine etwas andere Regel, als für die Appellationsbeschwerde gegeben zu sein." Wenn aber jetzt so wenig, wie in den früheren Auflagen der Schluß der l. 5 §. 4 D. cit. „licet non videatur cessasse" mit abgedruckt worden ist, so hat dies seinen Grund darin, daß derselbe keine Beziehung zu der Attentatenbeschwerde hat.

5) Anders entscheidet die Frage Pütter: De praeventione in causis appellationum (Opusc. rem jud. Imperii illustr. XII.) c. 3 §. 43—45, indem er die Competenz der concurrirenden Appellationsgerichte von der Prävention abhängig macht, als der mit der Insinuation der Ladung vollzogenen „prioris jurisdictionis occupatio." Diese schon bei früherer Gelegenheit (§. 42 Note 12) besprochene Auffassung ist von den meisten neueren Juristen in Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift adoptirt worden, obschon der Begriff der Prävention dem positiven Recht vollkommen fremd ist. Für die Auffassung des Textes spricht, daß die Devolution für die Appellationsinstanz dasselbe bedeutet, was die Litispendenz für die erste Instanz ist, wie die folgenden Betrachtungen zeigen werden. Eine singuläre, nur auf die geistlichen Gerichte anwendbare Vorschrift ist in c. 7 X. de app. (2, 28) enthalten.

6) Dies kann sich auch dann nicht anders verhalten, wenn die Beschwerdepuncte verschiedenen in demselben Verfahren vereinigten Streitsachen angehören; auch hier muß, wie bei der Berechnung der Appellationssumme die Einheit des Verfahrens entscheiden. Nicht ganz klar spricht sich Pütter l. c. (Note 5) c. 2 §. 29 sequ. aus, wenn er allgemein behauptet, daß Appellationen, welche gegen „diversa sententiae capita" gehen, vor verschiedenen Gerichten verhandelt werden dürften.

7) S. Note 66.

nicht wegen jeder auf Grund der Appellation dem Oberrichter zuständigen Verfügung angenommen werden.[8] Gleich anderen Gerichten hat auch das Appellationsgericht über seine Zuständigkeit und deren Voraussetzungen zu erkennen, und wenn es daher die Appellation in Folge einer Verzichtleistung[9] oder der Versäumung einer der Appellationsfristen für desert, oder wegen eines formellen Mangels für unstatthaft erklärt (decretum rejectorium ex defectu fatalium vel formalium), so schließt es seine richterliche Thätigkeit dadurch nicht ab, sondern aus.[10] Eben so verhält es sich, wenn der Oberrichter die Appellation von vorn herein verwirft, weil er aus des Appellanten eigenem Vorbringen sofort die Ueberzeugung gewinnt, daß sie keinen Erfolg haben könne, d. h. so wie sie versucht worden, zur Begründung des Devolutiveffects ungeeignet sei (decretum rejectorium ex causa materialium).[11] Denn auch hier wird das angefochtene Erkenntniß selbst rechtskräftig, nicht durch ein neues ersetzt. Aber noch mehr. Es gibt sogar positive Verfügungen des Oberrichters, welche nicht aus dem Devolutiveffect abgeleitet werden dürfen. Dahin gehören

1. die litterae inhibitoriales, die auf Antrag des Ap-

---

8) Von der entgegengesetzten Voraussetzung ausgehend, knüpfen die Neueren ganz gewöhnlich den Devolutiveffect an die Interposition. So Martin: Lehrbuch §. 292, Linde II. §. 194, Heffter: System §. 451, Bayer: Vorträge §. 324.

9) Ueber den Verzicht vor der Interposition vgl. §. 54 Note 19—22. Der Verzicht nach der Interposition war im vorjustinianeischen Recht wegen der zufolge der Niederlage des Apellanten dem Fiscus zufallenden Geldstrafen zeitweise nicht gestattet — Linde I. §. 119 —, im justinianeischen und canonischen Recht ist er erlaubt. Vgl. l. 40 §. 1 D. de pact. (2, 14), l. 28 C. de app. (7, 62), c. 35, 70 §. 2 X. eod. (2, 28), c. 4, 6 in VI. eod. (2, 15), c. 10 in VI. de elect. (1, 6), und die Stellen in §. 54 Note 20. Eine Beschränkung s. in Note 70.

10) Hiermit ist nicht gesagt, daß der Unterrichter, um fortfahren zu können, dieses Decret des Oberrichters abwarten müsse. Ueber die vorläufige Fortsetzung des Verfahrens darf und soll der Unterrichter verfügen (§. 55 Note 24), über die Devolution dagegen kann nur der Oberrichter entscheiden. Am bestimmtesten tritt dieser zwiefache Gesichtspunct in den von der Erwachsenheit handelnden Citaten des §. 54 Note 95 hervor.

11) Dieses Verfahren hat sein Vorbild im C. R. Vgl. c. 38 X. de app. (2, 28) [— „non ante appellationem admittas, quam tibi constiterit, eam vel a gravamine vel injusta condemnatione porrectam"]. — C. 59 X. eod. [„— Et si minus rationabiliter eum appellasse constiterit, illum ad inferiorem remittat"] und c. 3 §. 10, c. 5 in VI. eod. (2, 15) beziehen sich speciell auf die Appellationen vor dem Endurtheil, welche nur ex rationabili causa angenommen werden sollten. Die Praxis hat dann in Deutschland und besonders in den Reichsgerichten die sofortige Verwerfung der Appellation wegen offenbaren Ungrunds der Beschwerden weiter ausgebildet. Vgl. besonders Riedesel: Vorträge an den vollen Rath des kaiserl. K. G. S. 227—299, Linde II. §. 169.

pellanten an den Unterrichter erlassen werden, wenn die Interposition vor Notar und Zeugen geschehen und dem Unterrichter bisher nicht insinuirt worden ist,[12] oder wenn gegen die Versäumung derselben vom Oberrichter Restitution ertheilt wird, ferner auch, wenn zu befürchten steht, der Unterrichter werde widerrechtlich in der Sache fortschreiten,[13] oder wenn sein an sich berechtigtes Fortschreiten für den Appellanten einen unwiederbringlichen Nachtheil haben würde.[14] Im Falle der Erfolglosigkeit dieser Befehle aber, und wenn der Unterrichter den ohnehin eingetretenen Suspensiveffect widerrechtlich verletzt hat, ergehen zufolge liquiden Anrufs oder auf vorgängige Untersuchung der Sache weitere auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtete Befehle (mandata de revocandis attentatis).[15]

2. die litterae compulsoriales, wie der Befehl heißt, durch welchen dem säumigen Unterrichter aufgegeben wird, die Edition der Acten zu beschleunigen.[16] Hierbei wird der gemeinrechtliche Modus unterstellt, wonach der Appellant selbst um eine Abschrift der Acten zu bitten, und die ihm ertheilte Abschrift dem Oberrichter zu überbringen hat. Da nach dem oben (§. 55 a. E.) erwähnten neueren particularrechtlichen Gebrauch die Acten im Original und zwar unmittelbar an den Oberrichter übersandt werden, so sind Compulsorialen überall erforderlich, wo der Oberrichter die Appellation nicht sofort aus einem formellen oder materiellen Mangel glaubt zurückweisen zu müssen.

Daß weder die Inhibitorialen, noch die Compulsorialen auf dem Devolutiveffect beruhen, geht daraus hervor, daß beide, obschon bedingt durch die Zulässigkeit der Appellation, eine selbständige Beschwerde gegen den Unterrichter voraussetzen, daß namentlich die Inhibitorialen auch bei nicht devolutiven Rechtsmitteln gedenkbar sind, und die Compulsorialen selbst in ihrer modernen Gestalt den vom Appellanten angestrebten Erfolg nur möglich machen sol-

---

12) S. die Belege des §. 55 Note 29.

13) S. die Stellen des §. 55 Note 23, und dazu Gaill: Obs. I. 134 nr. 7, 144 nr. 3. Da hier eine gesetzlich schon bestehende Pflicht nur eingeschärft werden soll, so bedarf der Antrag auf Inhibitorialen keiner besonderen Begründung.

14) S. die Belege des §. 55 Note 28.

15) S. §. 52 Note 25.

16) K. G. O. von 1555 II. 8 §. 13, II. 31 §. 11, III. 31 §. 6, R. A. von 1570 §. 74, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 8 §. 14, II. 34 §. 12, III. 35 §. 9, J. R. A. §. 60, 65 in f.

len. Denselben Character hat aber, was freilich erst im weiteren Verlaufe klar werden wird,

3. sogar die Ladung des Appellaten, mit welcher sich häufig eine kurzer Hand ertheilte Restitution des Appellanten gegen die Versäumung der Fristen verbindet.

Um mit Sicherheit zu bestimmen, welcher Vorgang die Devolution begründe, muß man geschichtlich zu Werke gehen.

Nach R. R. ist für diesen Vorgang zunächst das Verhältniß maaßgebend, in welchem die Devolution der Sache an die obere Instanz zur Dimission derselben in der unteren Instanz steht. Wie die Dimission dadurch geschieht, daß der Unterrichter dem Appellanten die Apostel ertheilt, so muß die Devolution dadurch bewirkt werden, daß der Appellant die Apostel an den Oberrichter überliefert („apostolos reddere“).[17] Freilich kann dies nur das regelmäßige Mittel sein; ausnahmsweise, und zwar dann, wenn der Unterrichter die Appellation nicht angenommen, oder zwar angenommen, aber keine Apostel ertheilt hat, darf die Sache auch ohne Apostel an den Oberrichter gebracht werden, an deren Stelle in solchem Falle die früher (in §. 55 unter 2.) erwähnten Surrogate treten. Für die Ueberreichung der Apostel und ihrer Surrogate aber ist ein gesetzlicher Termin bestimmt, der als solcher auch dem Appellaten bekannt ist, und ihm Gelegenheit gibt, mit dem Appellanten vor dem Oberrichter zu erscheinen, ohne daß es seiner besonderen Ladung bedarf.[17a] Dieser Termin ist der um vier vorausgehende und fünf nachfolgende Tage verlängerte Schlußtag (dies fatalis) einer Frist, welche bald sechs, bald drei, bald zwei Monate von der Interposition an läuft, und sich im Falle der Versäumung drei Mal von selbst um 30 Tage hinausschiebt, ja schließlich noch durch kaiserliche Reparation um drei Monate verlängert

---

17) Pauli R. S. V. 34 §. 1 [„Qui intra tempora praestituta dimissorias non postulaverit, vel acceperit, vel reddiderit, praescriptione ab agendo submovetur —“], l. 5 C. de app. (7, 62) [„— tempus, quod ad reddendos apostolos praescriptum est“], l. 32 §. 2 C. eod. [„In his autem omnibus judiciis, quae consultationum introduximus loco, vel apostolos vel ea, quae apud eum gesta sunt, contra cujus sententiam dicitur appellatum, suscipere ab appellatoribus et cognitiones inducere apud viros illustres praedictos judices — — nostros epistolares praecipimus“]. Vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. S. 709, III. S. 330, und über das eigenthümliche Verfahren per consultationem, welches in der letzten Stelle erwähnt wird, III. S. 332 fg.

17a) L. 2 pr. C. de temp. et repar. (7, 63).

werden kann.[18] Unter den ihm hiernach offen stehenden 10 Tagen trifft der Appellant mit Berücksichtigung der eigenen Bereitschaft und der Zugänglichkeit des Oberrichters die Wahl; der Appellat ist auf seine Achtsamkeit angewiesen, wird jedoch, wenn nicht erschienen, in der Wahrung seines Interesses vom Oberrichter vertreten.[18a] Und dies ist deshalb von besonderer Wichtigkeit, weil der Appellant schon bei seinem ersten Auftreten nicht bloß die Apostel überreichen, sondern um die Devolution auch factisch ins Werk zu setzen, zugleich in die Verhandlung eintreten soll.[19] Man wird demnach sagen müssen, diese zwiefache (formelle und materielle) terminliche Thätigkeit des Appellanten sei es, was die Sache in der oberen Instanz anhängig macht, also den Devolutiv-Effect herbeiführt. Wir nennen sie heut zu Tage mit einem vom R. R. nicht technisch gebrauchten[19a] Ausdrucke die Introduction der Appellation. Welche Art von Thätigkeit der Appellant in jener ersten Verhandlung zu entwickeln habe, läßt sich nach den Quellen nicht näher bezeichnen; sie ist durch die ihm in der Appellationsinstanz überhaupt gesteckte Aufgabe bestimmt, welche in der Rechtfertigung der Appellation („causas appellationis reddere")[20] besteht. Sollte er bereits bei der Interposition gewisse Beschwerdepuncte aufgestellt haben, so ist er an dieselben nicht gebunden,[21] und obschon es in der Natur der Sache liegt, daß er mit der Aufstellung seiner Beschwerden beginne,[21a] so darf doch hierin nach R. R. keineswegs eine der Introduction wesentliche Eigenthümlichkeit gesehen werden. Gleich im ersten Termin kann die Verhandlung zum Abschluß kommen;[21b]

---

18) L. 1, 2, 5 C. eod. Jedoch soll nach nov. 119 c. 4 die Appellation nicht verloren gehen, wenn der Appellant sich zwar an dem dies fatalis gestellt, zur Erfüllung seiner Obliegenheiten aber wegen einer Verhinderung des Oberrichters nicht hat gelangen können.

18a) L. 2 §. 2 C. de temp. et repar. (7, 63), l. 39 pr. C. de app. (7, 62).

19) L. 8, l. 32 §. 4, l. 39 pr. C. de app. (7, 62) [„— si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit —"], l. 5 §. 3, 4 C. de temp. et repar. (7, 63).

19a) In den Quellen finden sich die Ausdrücke introducere negotium, provocationem, litem — vgl. l. 37 C. de app. (7, 62), l. 3, l. 5 §. 2 C. de temp. et rep. (7, 63) — alternirend mit anderen gleichwerthigen, z. B. litem inchoare, instituere, in competens judicium deducere.

20) L. 4 §. 1, l. 28 §. 2 D. de app. (49, 1), l. 1, 2 D. an per alium causae appellationum reddi possunt (49, 9), l. 2 D. si tutor vel curator (49, 10), l. 1 D. si pendente app. (49, 13), l. 1 C. eod. (7, 66).

21) L. 3 §. 3 D. de app. (49, 1).

21a) Nur dies besagen l. 8 (verb. „tempore praefinito causas non esse repraesentatas"), l. 39 pr. (vgl. Note 19) C. de appell. (7, 62).

21b) L. 32 pr. §. 4 C. eod.

im Fall ihrer Unterbrechung aber ist ihr eine bei Verlust der Appellation einzuhaltende Frist von einem Jahre post inchoatam litem gesetzt, die der Oberrichter nur unter besonderen Umständen auf zwei Jahre verlängern darf.[22]

Abgesehen von dem erweiterten Begriff der Apostel steht nun auch das C. R. auf keinem wesentlich anderen Boden, wenn es dem Unterrichter gestattet, für die Einführung der Appellation („prosequi appellationem") eine angemessene Frist anzuordnen,[23] und annimmt, daß wo dies nicht geschehen, innerhalb der ein- oder zweijährigen Proceßfrist des R. R., berechnet a die interpositae appellationis, die Appellation ein- und durchgeführt werden müsse.[24] Ueber die Art der Einführung spricht es sich nicht weiter aus.[25] Indeß soll die gegen ein Interlocut appellirende Partei in der oberen Instanz keine anderen Beschwerden zu verfolgen berechtigt sein, als diejenigen, welche sie bei Gelegenheit der Interposition bereits bezeichnet hat und hat bezeichnen müssen.[26] Diese Vorschrift, welche späterhin, beschränkt auf die einfachen Interlocute (vim definitivae non habentes), in den Reichsproceß übergegangen ist,[27] nimmt zuerst in die Introduction die genauere Fixirung des vom Appellanten verfolgten Zweckes auf, und ist dadurch das Vorbild einer unter dem Einfluß der Reichsgesetze erst in Deutschland[28] ausgebildeten Einrichtung geworden.

Das dem deutschen Proceß eigenthümliche Princip der Ordnung nämlich hat dem Appellanten zur Pflicht gemacht, die Veranlassung und das Ziel seiner Appellation gleich von vorn herein in einer ihn bindenden Weise zu bezeichnen. Diese Fixirung

22) L. 5 §. 4 C. de temp. et repar. (7, 63), nov. 49 praef. §. 1.

23) C. 4, 5, 33, 44, 57, 61, 64 X. de app. (2, 28), c. 1 in VI. eod. (2, 15).

24) C. 5, 57, 69 X. eod. (2, 28), c. 3 Clem. eod. (2, 12). Vgl. auch c. 8 X. eod.

25) Offenbar ist an die Einführung gedacht, wenn in c. 10, 44 in VI. de elect. (1, 6) gesagt wird, die Parteien dürften auf die Appellation verzichten, „antequam ipsi sedi apostolicae appellationes eaedem fuerint praesentatae."

26) C. 63 X. eod. (2, 28), c. 5 Clem. eod. (2, 12).

27) K. G. O. von 1496 tit. 14 §. 3, von 1500 tit. 39 §. 3, von 1508 tit. 2 §. 3, 4 (vgl. mit §. 8), von 1523 tit. 5 §. 2, von 1555 II. 29 §. 4, III. 31 §. 10, R. A. von 1570 §. 91, G. B. vom 13. Dec. 1593 pr., Dub. cam. von 1595 dub. 96, Dep. A. von 1600 §. 113, Conc. von 1613 II. 32 §. 3, III. 36 pr., J. R. A. §. 58.

28) Die Anfänge finden sich bereits in der italienischen Praxis. Vgl. die Citate der Note 65.

des Streitpunctes setzen die Reichsgesetze mit der Introduction in folgenden Zusammenhang. Sie verordnen, theilweise an das römische, theilweise an das canonische Recht anknüpfend, dem Appellanten solle zum Zweck der Introduction vom Unterrichter eine Frist von 1—6 Monaten gesetzt werden, oder wo dies unterblieben, von selbst eine Frist von 6 Monaten laufen, innerhalb deren er „seine Appellation am R. K. Gericht anzubringen und durch Auszziehung, Verkündigung und Wiedereinbringung der Ladung anhängig zu machen" habe.[29] Diese von der Interposition an laufende Frist wird das fatale introducendae appellationis genannt. Was in früherer Zeit dazu gehört habe, um das R. K. Gericht zur Erkennung der Ladung zu veranlassen, oder mit anderen Worten, in welcher Art die „supplicatio pro processibus" zu begründen gewesen sei, läßt sich aus den Reichsgesetzen selbst schwer erkennen. Nach der Praxis war darzulegen (nicht zu beweisen), daß die Formalien und Fatalien gewahrt seien, und daß sich die Sache zur Competenz der oberen Instanz eigne.[30] Ein Gesuch um Inhibitorialen und Compulsorialen konnte mit der Bitte um Ladung des Appellanten verbunden werden (supplicatio pro processibus plenariis), war jedoch, wie sich von selbst versteht, nicht unter allen Umständen nothwendig. Die eigentliche Introduction aber erfolgte in dem die Introductionsfrist abschließenden ersten Termin. Sie bestand einerseits in der Justification der Formalien, andrerseits in der Reproduction der Ladung, in der Uebergabe der Acten und in der Einreichung des libellus gravaminum, der Appellationsklage;[31] statt deren, wenn von einem einfachen Interlocut appellirt wurde, das instrumentum appellationis, d. i. die Interpositionsschrift, mündlich oder in Schriften repetirt werden sollte.[32] Konnte der Appellant die Acten in diesem Termin trotz angewandten Fleißes nicht vorlegen, so hatte er „alsdann Zeit, bis zur Einbringung solcher Acten zu libelliren,"[33]

---

29) K. G. O. von 1521 tit. 23 §. 1, von 1523 tit. 4 §. 1—3, von 1527 §. 18, von 1555 III. 30 §. 1—5, Conc. von 1613 III. 33 pr. §. 1—7.

30) Vgl. Riedesel a. a. O. (Note 11) S. 249 fg., welcher ausführliche Nachweisungen gibt.

31) K. G. O. von 1496 tit. 14 §. 1—3, von 1500 tit. 39 §. 1—3, von 1508 tit. 2 §. 1, 2, von 1517 tit. 2 §. 2, von 1521 tit. 19 §. 5, von 1555 III. 31 §. 1, 8, Conc. von 1613 III. 34 pr., 35 §. 12.

32) Vgl. die Citate der Note 27.

33) K. G. O. von 1496 tit. 14 §. 2, von 1500 tit. 39 §. 2, von 1555 III. 31 §. 9, Conc. von 1613 III. 35 §. 14.

woraus man ersieht, daß die Introduction noch immer nicht ohne die Mitwirkung des Unterrichters geschah, jetzt freilich durch die Edition der Acten als einer reellen Dimission vermittelt. In der Appellationsklage aber, welche dem R. und C. R. noch unbekannt war, sollte der Appellant zweierlei zum Ausdruck bringen, nämlich das, worin er sich beschwert erachtete, und seine der Beschwerde entsprechende Bitte. Die Beschwerden konnte er in doppelter Weise formuliren, entweder so, daß er einfach ad acta priora submittirte, und dadurch dem Oberrichter ansann, frei zu prüfen, ob er das angefochtene Erkenntniß den Verhandlungen der früheren Instanz entsprechend finde, d. h. ob er selbst an Stelle des Unterrichters nicht eine ihm, dem Appellanten, günstigere Entscheidung getroffen haben würde, und welche, — oder so, daß er sonderlich und in specie die ihm zur Beschwerde gereichenden Puncte (gravamina appellationis, gleich den römischen causae appellationis) bezeichnete, und daneben, was schon das R. R. gestattete (Note 73), die neuen Thatsachen und Beweismittel vortrug, mit welchen er etwa seine Beschwerden zu begründen gedachte. Daß er die neu geltendzumachenden und neu zu beweisenden Thatsachen entsprechend den für die erste Instanz geltenden Grundsätzen[33a] in Artikelsform, d. h. in möglichster Einfachheit, jede eingeleitet durch die Formel „Wahr daß", vorzutragen hatte, ist von keiner wesentlichen Bedeutung;[34] der J. R. A. §. 64 schaffte die Artikelsform ab. Die Appellationsbitte andrerseits ging im Allgemeinen dahin, „zu erkennen, daß nichtiglich oder übel geurtheilt und wohl appellirt sei", es konnte ihr jedoch auch eine speciellere Bitte, wie sie sich aus der Lage der Sache ergab, angefügt werden (Note 67). — Für

---

33a) S. §. 49 Note 108 fg., §. 70 Note 18, 22.

34) Ueber das Vorstehende vgl. K. G. O. von 1496 tit. 14 §. 6 mit §. 9, von 1500 tit. 39 §. 6 mit §. 9, von 1508 tit. 3 §. 2—5 mit §. 11, von 1555 III. 31 §. 11 mit 32 §. 5, 33 §. 3, R. A. von 1570 §. 88, 92, Conc. von 1613 III. 36 §. 1 mit 38 §. 7, 14 und 39 §. 4. Nach diesen Stellen kann es scheinen, als ob auch die Beschwerden in Artikel gefaßt worden seien. Ausdrücklich aber wird in der K. G. O. von 1508 tit. 3 §. 10, von 1555 III. 33 §. 6 und im Conc. von 1613 III. 39 §. 5 ausgesprochen, „wo die Parteien nichts Neues vorzubringen und zu beweisen hätten, sollen ihnen acta voriger Instanzen zu articuliren nicht gestattet" sein. — Die Vorschrift des G. B. vom 13. Dec. 1593 §. 2, daß „bei denen gravaminibus appellationis — jederzeit zugleich in Schriften vermeldet" werden solle, „womit und in welchen Puncten der Appellant sich beschwert befinde, auch sonderlich und in specie, was er ferner als zuvor geschehen, und welcher Gestalt von Neuem zu beweisen begehre, sonsten die gravamina nicht zugelassen," wurde durch den Dep. A. von 1600 §. 114 — vgl. auch Dub. cam. von 1595 dub. 97 — wieder aufgehoben. S. übrigens Note 36.

die Vernehmlassung des Appellaten war nicht schon der erste, sondern der zweite Termin bestimmt.[35]

An diesem Verfahren traf nun aber der J. R. A. noch einige wichtige Aenderungen. Zu Beförderung des Processes soll der Appellant (mit Vermeidung der Artikelsform) hinfüro seine gravamina appellationis jedes Mal summariter und punctenweise verfaßt gleich neben der supplicatio pro processibus übergeben (§. 64) oder in dieser erklären, daß er simpliciter ad acta priora submittire (§. 65),[36] und bei Strafe der Desertion dafür sorgen, daß die Ladung nebst jenem neuen Bestandtheil der Supplication dem Appellaten vor Ablauf der ersten vier Monate nach interponirter Appellation insinuirt werde, damit zum Wenigsten zwei Monate bis zu Verfließung der fatalium introducendae übrig blieben, und der Appellat im Stande sei, in primo termino die Gebühr zu verhandeln (§. 67). In diesem ersten Termin hat dann „der Appellant durch seinen bevollmächtigten Procurator die ausgegangenen Appellationsprocesse zu reproduciren" und „formalia mit Vorbringung actorum — — zu justificiren" (§. 58), der Appellat aber sofort alles das vorzutragen und einzuwenden, wofür bisher der zweite Termin bestimmt war (§. 69—71). Demnach hat es den Anschein, als ob die Haupthandlung jeder Partei einen Schritt vorgeschoben, und namentlich die Introduction an die Bitte um Processe und die damit verbundene Ueberreichung der Appellationsklage geknüpft worden sei, wie man denn auch wohl von einer introductio extrajudicialis, d. h. einer außerterminlichen oder vor dem ersten Termin bewirkten Introduction gesprochen hat.[37] Allein abgesehen davon, daß die Acten vom Appellanten immer noch im

---

35) K. G. O. von 1555 III. 32, R. A. von 1570 §. 92, R. A. von 1594 §. 64, Dep. A. von 1600 §. 115—117, Conc. von 1613 III. 38.

36) Gleichwohl wurden nach der nachfolgenden constanten Praxis des R. K. G., wenn einfach ad acta priora submittirt war, die erbetenen Appellationsprocesse „noch zur Zeit" abgeschlagen, unter dem Anfügen, daß, wofern Supplicant einen libellum gravaminum summarium annexa facti specie beibringen würde, weiter ergehen solle, was Rechtens. Man betrachtete dieses Verfahren als das wirksamste Mittel, frivole Appellationen abzuschneiden. Vgl. die Nachweisungen bei Riedesel a. a. O. (Note 11) S. 266 fg., welche sich demnächst Linde II. S. 189 fg. angeeignet hat. Es ging diese Praxis auf den schon durch den Dep. A. von 1600 §. 114 aufgehobenen G. B. vom 13. Dec. 1593 §. 2 zurück — s. Note 34 a. E. —, und Riedesel S. 281 fg. bezeugt, daß sie in mehreren Territorien Anerkennuug gefunden habe (in Hessen, Schwedisch-Pommern, Baiern, Württemberg); als gemeinrechtlich wird sie aber nicht gelten können.

37) Vgl. Pütter: N. E. §. 339, 340.

ersten Termin vorgelegt werden, bezeichnet der J. R. A. §. 73 ausdrücklich die auf diesen Termin verwiesene Thätigkeit des Appellanten als „Einführung des Processes“, und es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß der Zeitpunct der Devolution keine Aenderung erlitten hat.[38] Nach den Reichsgesetzen ist mithin die Introduction immer noch eine terminliche, d. h. in Gegenwart des Appellaten zu vollziehende Handlung des Appellanten, welche wesentlich in der Vorlegung der Acten und der mündlichen Wiederholung der Appellationsklage besteht. An diesem Resultat wird natürlich dadurch Nichts geändert, daß die Contumacia der einen oder anderen Partei der Gegenpartei keinen Nachtheil bringen soll, daß namentlich der Appellant in Abwesenheit des Appellaten einseitig fortschreiten darf,[39] und daß der Appellat beim Ausbleiben des Appellanten nicht bloß um Entbindung von der Ladung, d. h. um Abweisung der Appellation (declaratio appellationis desertae), sondern statt dessen auch um einseitige Fortsetzung des Appellationsverfahrens zu bitten berechtigt ist, wenn er zuvor durch den Nachweis der formalia appellationis die Jurisdiction begründet.[40]

Etwas anders muß sich gleichwohl die Sache in den Territorialgerichten gestalten, einestheils deshalb, weil die dem R. K. G. Proceß eigenthümliche Vertretung der Apostel durch die Actenedition nicht als gemeinrechtlich gelten kann, anderntheils wegen des in den höheren Landesgerichten nach dem Vorgang des R. H. Raths üblich gewordenen Schriftenwechsels.[41] Danach geschieht die Introduction durch die außerterminliche Uebergabe einer Schrift, der Introductionsschrift, welche die vom J. R. A. erforderte Thätigkeit des Appellanten zusammenfassend 1. die Wahrung der Formalien und Fatalien nachzuweisen bezweckt — weshalb sie außer anderen dazu dienlichen Anlagen namentlich die Apostel oder eine gegen deren Versagung gerichtete Querel, und im Fall der Versäumung der zu wahrenden Fristen ein Restitutionsgesuch enthalten muß —, sodann 2. die Beschwerden specialisirt oder

---

38) Vgl. Pütter: De praeventione in causis appellationum (in Opusc. rem judicialem imp. illustr. XII.) c. 1 §. 16.

39) K. G. O. von 1496 tit. 17, von 1500 tit. 42, 43, von 1523 tit. 6 §. 2, 4, von 1555 III. 45, Conc. von 1613 III. 54.

40) K. G. O. von 1496 tit. 17, 18, von 1500 tit. 42—44, von 1523 tit. 6 §. 4, von 1555 III. 44, Conc. von 1613 III. 53. Vgl. auch R. A. von 1594 §. 96, Conc. III. 34 §. 12 und Dub. cam. von 1595 dub. 85, Dep. A. von 1600 §. 102, Conc. III. 35 §. 3, und dazu die Note 59.

41) S. §. 67 Note 24.

auf die Voracten submittirt, und daran die entsprechende Sachbitte knüpft, und 3. statt der früheren Ladung des Appellaten um ein mandatum ad excipiendum, so wie um Compulsorialen und Inhibitorialen nachsucht. Die Frist, innerhalb deren diese Schrift einzureichen ist, haben überall die Particularrechte normirt. Wollte man sie nach den gemeinen Rechten bestimmen, so müßte man ihre Anordnung zunächst dem Unterrichter überlassen, in subsidium aber, da die Unterscheidungen des R. R. mit der politischen Verfassung des römischen Reichs zusammenhängen, und die Vorschrift des C. R., wonach die Introductionsfrist als solche ausfällt,[42] in den weltlichen Gerichten keine Geltung erhalten hat, auf die auch von den Reichsgesetzen anerkannte römische Maximalfrist von sechs Monaten zurückgehen. Mit der Uebergabe jener Schrift schließt sich indeß die Introduction noch nicht ab. Wie früher die Gegenwart des Appellaten im ersten Termin erfordert wurde, damit die Introduction ihm gegenüber geschehen sei, so muß ihm jetzt zu gleichem Zweck die Introductionsschrift mitgetheilt, und dies in Verbindung mit dem mandatum ad excipiendum oder durch ein einfaches Communicativ-Decret zuvor verfügt werden.[43] Die letztere Form der Mittheilung pflegt der Oberrichter zu wählen, wo er das Bedürfniß der appellatischen Vernehmlassung durch den Vortrag des Appellanten nicht indicirt findet. Nur in einem Fall bedarf es der Mittheilung der Introductionsschrift an den Appellaten zur Introduction überhaupt nicht, da nämlich, wo sich die Appellation gegen die einseitige Zurückweisung eines Antrags richtet.[44] Denn hier ist der Appellat an dem die Appellation veranlassenden Verfahren der Form nach unbetheiligt, und der Appellant daher nicht sowohl mit ihm, als mit dem Unterrichter im Streite.

42) S. oben Note 24.

43) Erst hiermit schließt sich die Introduction ab. Einen Beweis für die große Unklarheit, welche über deren Begriff unter den neueren Juristen herrscht, gibt die Zusammenstellung der verschiedenartigen, zum Theil höchst willkührlichen Ansichten bei Schmid: Handbuch III. §. 232 Note 22. Wird dem Appellanten particularrechtlich nach Exhibition der Introductionsschrift noch eine weitere Frist ad justificandum formalia et materialia gegeben, so fragt es sich, wozu nach dem betreffenden Particularrecht die Introductionsschrift bestimmt sei. Wenn sie bereits die oben im Text aufgeführten drei Puncte enthalten soll, so ist mit ihrer Mittheilung an den Appellaten, die bloß ad notitiam geschieht, die Introduction vollzogen, wogegen, wenn die Aufstellung der Beschwerden und der Appellationsbitte (also der Inhalt des alten Gravatorial-Libells) der Justificationsschrift vorbehalten bleibt, erst die Mittheilung dieser Schrift den Devolutiveffect mit sich führt.

44) Weiteres s. unten zu Note 103.

Ueberall aber wird die Devolution nur unter der Voraussetzung bewirkt, daß die Formalien und Fatalien gewahrt sind, und der Oberrichter ist mithin durch die Mittheilung der Introductionsschrift niemals behindert, wegen später entdeckter Mängel dieser Art die Appellation noch immer für desert zu erklären.

So viel über die Introduction der Appellation.

Die Cognition nun, welche vermittelst der Introduction auf den Oberrichter übertragen wird, hat in den Verhandlungen der Parteien ein ähnliches Substrat, und in der durch diese hervorgerufenen richterlichen Thätigkeit einen ähnlichen Inhalt, wie die Cognition des Unterrichters. Denn nach dem R. R., welches nur gegen Endurtheile zu appelliren gestattet, ist die Appellationsinstanz ein erstrecktes, auf den Oberrichter übergegangenes judicium, in welchem die Parteien auf Grundlage der ursprünglichen Litis Contestation die Sache von Neuem verhandeln, ohne auf die vor dem judex a quo benutzten Angriffs- und Beweismittel beschränkt zu sein.[45] Und wenngleich die Reichsgesetze und der neuere Proceß die Aufgabe des Appellationsverfahrens enger stecken, weil sie in Uebereinstimmung mit dem C. R. auch gegen Interlocute die Appellation zulassen, so stellen sie dasselbe in anderer Art doch gleichfalls unter die Gesichtspuncte des untergerichtlichen Processes, indem sie es als ein in sich abgeschlossenes Verfahren behandeln, welches durch die Appellationsklage eingeleitet, eine besondere L. C. hat, und sich auf dieser in naturgemäßer Entwickelung aufbaut.

Wie es sich hiermit verhalte, ist im Folgenden weiter zu untersuchen.

Die Appellationsklage (libellus gravaminum), welche den Antheil des Appellanten an der L. C. ausdrückt, stellt an den Oberrichter die Bitte, zu erkennen, daß übel geurtheilt und recht appellirt sei.[46] Diese Bitte geht also auf Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses und involvirt die Behauptung einer Beschwerde (Beschwerung, gravamen), welche in ihrer allgemeinsten (bei der einfachen Submission ad acta priora zu subintelligirenden) Fassung dahin lautet, daß so wie geschehen erkannt worden sei. Hieraus ergibt sich, daß die Behauptung einer Beschwerde die Appellationsbitte nicht begründet, sondern der Behauptung des Rechtsanspruchs zu vergleichen ist, um dessen Anerkennung man in dem Petitum

45) S. Note 73, 74.
46) Vgl. die Stellen der Note 34.

einer Klage nachsucht. Sie darf daher von der Appellationsbitte nicht getrennt und unterschieden werden, und dient in vielen Fällen recht eigentlich dazu, dem allgemein lautenden Ausdruck der Appellationsbitte einen concreteren Sinn unterzulegen. So z. B. wenn der Verklagte, aus einer Darlehnsforderung verurtheilt, sich dadurch für beschwert erklärt, daß er nicht rücksichtlich eines Theils der Forderung freigesprochen worden sei.

Noch bestimmter tritt diese Bedeutung der Beschwerde hervor, wo der Appellant mehreren in einem Urtheil zusammengefaßten Entscheidungen gegenüber die Puncte bezeichnen will, auf welchen er eine Abänderung des Urtheils anstrebt. Sehen wir hierbei von der Vereinigung verschiedener Klagen zu einem Verfahren ganz ab, so wird z. B. die a. tutelae regelmäßig eine Mehrheit von Entschädigungs- oder Restitutionsansprüchen in sich schließen, und es ist denkbar, daß der Kläger oder Verklagte das darauf ergangene Endurtheil nicht wegen aller Posten, sondern nur wegen des einen oder anderen anficht. In einem solchen Fall ist es dem Appellanten zwar nicht verwehrt, sich im Allgemeinen über das Urtheil zu beschweren, in der Erwartung, daß der Oberrichter die verletzenden Puncte mit Hülfe der Acten schon ausfindig machen werde; er thut aber jedenfalls besser, seiner eigenen Auffassung durch Formulirung specieller Beschwerden den geeigneten Ausdruck zu geben. Noch häufiger liegt dazu bei Appellationen gegen Zwischenurtheile Veranlassung vor. Sind durch das Beweisinterlocut dem Kläger gewisse in der Klage behauptete Thatsachen, dem Verklagten die Einreden zu Beweis verstellt, so begreift das Urtheil wieder eine Reihe von Entscheidungen, von denen die appellirende Partei einige auf sich beruhen lassen, andere für beschwerend erklären kann, und der Kläger würde also, wenn er appellirt, seine Beschwerden etwa dahin formuliren, daß die Beweisauflage auf die eine oder andere Klagthatsache ausgedehnt, daß diese oder jene Einrede nicht verworfen worden sei.

Verschieden, aber doch noch hierher gehörig ist der Fall, wo das angefochtene Erkenntniß im Ganzen oder in einem seiner Theile die Folge einer vorausgegangenen der Rechtskraft nicht fähigen Verfügung ist, wo z. B. der Verklagte mit der Bitte um Fristerstreckung oder Terminsverlegung überhört, und folgeweise mit seinen nun nicht rechtzeitig vorgebrachten Einreden präcludirt worden ist. Hier ist er zwar zunächst durch die Präclusion der Ein-

reden, mittelbar aber durch das für sich nicht appellabele Abschlags-decret beschwert, und er kann daher seine Beschwerde speciell gegen dieses richten. Dasselbe läßt sich in Beziehung auf Unterentscheidungen denken, welche offen oder versteckt in dem angefochtenen Urtheil enthalten sind, wie z. B. wenn der Klagbeweis für mißlungen erklärt und folgeweise die Klage abgewiesen, oder unter Verwerfung der Einreden der Verklagte verurtheilt worden ist. Unverkennbar unterscheiden sich aber solche Beschwerden von anderen darin, daß sie nicht bloß die Appellationsbitte genauer bestimmen, sondern zugleich als Grund derselben erscheinen. Beschwerden sind sie indeß immerhin nur in jener ersten Beziehung. Denn das ist das Characteristische aller Beschwerden, daß sie der Appellationsbitte Inhalt und Richtung geben, indem sie die Grenzen bezeichnen, innerhalb deren die oberrichterliche Cognition thätig werden soll, und man wird daher unbedenklich sagen dürfen, die Frage, ob recht appellirt und übel geurtheilt worden sei, falle zusammen mit der Frage, ob die aufgestellten Beschwerden begründet seien.[47]

Auf der anderen Seite steht es dem Appellaten frei, zur Abänderung des angefochtenen Urtheils im Sinne der aufgestellten Beschwerde seine Zustimmung zu geben. Dadurch wird der Oberrichter jeder weiteren Cognition überhoben, sofern die Beschwerde

---

47) Mit diesem Begriff der Beschwerde stimmen überein Schaumburg: Princ. prax. jurid. I. 2 c. 1 §. 10 bes. not. *****, und Linde II. S. 72. Jener drückt sich sehr treffend so aus: „Hoc autem necesse est, ut si gravamina statim exponi lex jubeat, gravatus ipsa gravamina a rationibus gravaminum distinguat,“ und bemerkt dazu in der Note: „Gravis incuria practicorum est, quod hujus regulae non sint satis memores, et gravaminum numerum in immensum saepius extendant, neve numero rotundo quid desit, argumenta non solum ipsa, quibus veritatem gravaminum fulciunt, inter gravamina collocent, sed etiam ex ipsis rationibus sententiae adjectis gravamina peculiaria desumant. Aliud est gravamen, alia probatio gravaminum, alia refutatio eorum, quae gravamini obstant. Illud ex sententia desumendum et objectum unicum remedii interponendi est. Haec ex actis, probatis et legibus colligere, ac ut objectum justificandi remedii considerare fas est.“ Der im Text hervorgehobene Unterschied zwischen der generellen Fassung der Beschwerde und der Aufstellung specieller Beschwerden fällt übrigens nicht durchaus mit dem Gegensatz zusammen, welchen der J. R. A. §. 64 und 65 zwischen der submissio ad acta priora und den summariter und punctenweise verfaßten gravamina statuirt. Denn die submissio ad acta priora enthält zugleich einen Verzicht auf die Rechtfertigung der Appellation durch neue Thatsachen und Beweise, die generelle Fassung der Beschwerde nicht; und die speciellen Beschwerden haben mit den etwaigen novis nichts zu schaffen, während in den summariter und punctenweise verfaßten gravamina der Appellant nicht nur anzeigen soll, „worin er sich beschwert erachte,“ sondern auch, „was er besser zu beweisen oder von Neuem vorzubringen gedenke.“

so formulirt ist, daß die Zustimmung des Appellaten als Verzicht auf gewisse in der vorigen Instanz von ihm beanspruchte Vortheile betrachtet werden muß, wie z. B. wenn sich die Beschwerde gegen die Zulassung der Klage oder einer Einrede richtet. Sollte dies nicht der Fall sein, oder hätte der Appellant seine Beschwerde gar dahin formulirt, daß so wie geschehen erkannt worden sei, so würde immer noch zu prüfen bleiben, welches Urtheil an die Stelle des angefochtenen treten müsse, und diese Prüfung ist ohne eine eingehende Beurtheilung der Beschwerde nicht möglich. Wenn also z. B. das vorige Urtheil eine in ihren thatsächlichen Grundlagen geläugnete Einrede als nicht gehörig substantiirt verworfen, im Uebrigen aber auf Beweis (etwa der Klagthatsachen) erkannt hat, so kann der Oberrichter die Frage nicht umgehen, ob die Einrede, über deren Verwerfung Beschwerde geführt worden ist, begründet sei, und sollte auch er sich von der ungenügenden Begründung überzeugen, so müßte er trotz der zustimmenden Erklärung des Appellaten das angefochtene Erkenntniß bestätigen. Denn der endliche Sieg des Verklagten darf nicht vom Beweis einer unbegründeten Einrede abhängig gemacht werden. Es zeigt sich hierin, daß die appellatische Anerkennung der Appellationsbitte von der confessio in jure wesentlich verschieden ist.

Will aber der Appellat Litem contestiren, so muß er der Appellationsbitte widersprechen, indem er bittet „zu erkennen, daß wohl geurtheilt und übel appellirt" worden sei.[48] Von der Einlassung auf die Sache macht er sich jedoch frei, wenn er einen Mangel in den Formalien oder Fatalien, oder einen Verzicht des Appellanten nachzuweisen vermag, und man hat diese Vertheidigung, deren Grund sich meist aus des Appellanten eigenem Vorbringen oder aus den Acten ergeben wird, gleich dem ähnlichen Vorbringen der ersten Instanz unter den Gesichtspunct der dilatorischen Einreden gebracht (exc. non devolutionis ac desertionis). Sie kann mit der Gegenbitte immer nur eventuell verbunden werden.[49]

Besondere Verhältnisse treten ein, wenn das Urtheil, gegen welches der eine Theil appellirt hat, dem anderen nicht durchaus günstig ist, wie z. B. wenn auf 100 geklagt und der Verklagte zu

48) K. G. O. von 1496 tit. 14 §. 7, von 1500 tit. 39 §. 7, von 1508 tit. 3 §. 7, von 1555 III. 32 §. 5, Conc. von 1613 III. 38 §. 14.

49) K. G. O. von 1555 III. 32 §. 1—4, R. A. von 1570 §. 91, 92, G. B. vom 13. Dec. 1593, R. A. von 1594 §. 64, Dep. A. von 1600 §. 115, 116, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 38 pr. §. 1—12, J. R. A. §. 69, 70.

60 verurtheilt, von den übrigen 40 aber freigesprochen, oder wenn dem Kläger die Klagthatsachen, dem Verklagten die Einreden zu Beweis verstellt worden sind. In einem solchen Falle können beide Theile Grund zur Beschwerde zu haben glauben, und dann nicht besser für sich sorgen, als dadurch, daß sie beide mit Wahrung der gesetzlichen Fristen die Appellation interponiren und introduciren (appellatio reciproca), was den Oberrichter nöthigt, die gegenseitigen Beschwerden sowohl für sich als in ihrer Beziehung auf einander zu prüfen und durch ein Erkenntniß zu erledigen.[50] Nicht ganz passend pflegt man die zuletzt introducirte Appellation Principaladhäsion zu nennen. Indeß ist auch dann, wenn nur eine Partei appellirt hat, die andere nicht ganz hülflos. Nach justinianeischem Recht kann sie ihrer Fristenversäumung ungeachtet, sobald die jenseitige Appellation bis zur Introduction gelangt ist, um eine ihr günstige, dem Appellanten ungünstige Abänderung des Urtheils, d. i. um eine s. g. reformatio in pejus[51] bitten,[52] sich also der Appellation des Gegners anschließen, was man accessorische Adhäsion[53] nennt, und wird hierin, wenn sie abwesend ist, sogar von Amts wegen vertreten.[54] Diese Vertretung beruht offenbar auf

50) Dieser Fall wird erwähnt in c. 7 pr. X. de app. (2, 28), c. 16, 18 X. de testam. (3, 26).

51) Der Ausdruck „in pejus reformare" kommt schon in l. 1 pr. D. de app. (49, 1): „licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet," aber freilich in einem ganz anderen Sinne vor.

52) Ueber die Fassung der Bitte vgl. K. G. O. von 1555 III. 32 §. 5, Conc. von 1613 III. 38 §. 14.

53) Das c. 4 in VI. de elect. (1, 6) gebraucht den Ausdruck „adhaerere" für die Theilnahme des Intervenienten an der Appellation. Im obigen Sinne hat ihn erst die Doctrin angewandt. Von der Adhäsion, der communio appellationis und der reformatio in pejus handeln speciell Textor: Diss. de appellationi adhaerendi beneficio, Argent. 1679 (in Ejusd. diss. I. 37), Sam. Stryk: Diss. de communione appellationis, Frf. 1687 (in Ejusd. diss. V. 20), Schuberth: Diss. de adhaesione appellationis ab alio interpositae, Lips. 1720, Suendermahler: Pr. de adhaesione appellationis, Wirceb. 1744, Riedesel ab Eisenbach (pr. G. D. Hoffmann): Diss. de adhaesione et communione appellationis, Tub. 1769, Batz: Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürl. und positiven Rechts, Ulm 1816 u. 1822, Nr. 20, Hoch: Entwickelung der Lehre von der accessorischen Appellations-Adhäsion in Civil- und Criminalprocessen, Rothenb. 1821, Mittermaier im Arch. für civil. Pr. VII. 4, Linde ebendas. XIX. 17, XX. 3, Arnold das. XXVIII. 4, Sartorius das. XXXI. 4, 9, Schmid in der Zeitschr. für C. R. und Pr. N. F. IV. 2.

54) L. 39 pr. C. de appell. (7, 62): „Ampliorem providentiam subjectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniunt, antiquam observationem emendamus, quum in appellationum auditoriis is solus post sententiam judicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae hoc non fecisset, sententiam sequi,

dem allgemeinen Grundsatz,[55] daß der Richter in eremodicio, bei einseitiger Fortsetzung des Verfahrens, die Interessen des Contumax zu wahren hat, und je nach dem Resultat der geführten Untersuchung nicht nothwendig gegen ihn, sondern möglicher Weise auch für ihn erkennt.[56] Der Anspruch des Appellaten auf die reformatio in pejus ist demnach derselbe, mag der Appellat unverschuldet oder verschuldet[57] abwesend sein, und mag er überhaupt abwesend sein oder erscheinen. Alle Unterscheidungen, die man in dieser Beziehung hat machen wollen, sind ohne Grund.[58] Mit der Introduction werden die Vortheile der Appellation nach einem seit dem Mittelalter gebräuchlichen Ausdruck unter den Parteien gemeinschaftlich (communio appellationis).[59]

---

qualiscunque fuisset, compellenda. Sancimus itaque, si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri praesidium. Sin autem absens fuerit, nihilo minus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere." Der Eingang dieser Stelle verweist auf die bisherige im justinianeischen Rechtsbuche noch vielfach bezeugte Regel, nach welcher der Appellationsrichter keine andere Wahl hatte, als „super omni causa interpositam provocationem vel injustam tantum — pronuntiare, vel justam." Vgl. l. 6 pr., l. 32 §. 3 C. eod., mit l. 122 §. 5 D. de V. O. (45, 1), l. 24 pr. D. de app. (49, 1), l. 2 pr. D. quando app. (49, 4).

55) S. §. 49 Note 79.

56) Anwendungen auf die Appellationsinstanz finden sich in l. 81 D. ad S. C. Treb. (36, 1), nov. 49 c. 1 pr., nov. (n. gl.) 126 c. 2. Vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. §. 160 Note 44, 46.

57) Der Nachtheil, welcher die contumacia des Appellanten trifft, besteht in der Präclusion der nova. Die richterliche Cognition als solche wird durch die contumacia nicht alterirt.

58) Vgl. Linde: Handbuch II. 203, Sintenis: Erläuterungen I. S. 423, Schmid: Handbuch III. §. 232 S. 460. Nachweisungen über abweichende Ansichten finden sich bei Sartorius a. a. O. (Note 53) S. 348. Selbst der ausdrückliche Verzicht des Appellaten auf die Appellation schließt die reformatio in pejus nicht aus; es gilt davon, was oben im Text nach Note 47 in Beziehung auf die Zustimmung des Appellaten zur Appellationsbitte gesagt worden ist. A. M. ist Linde II. 200.

59) So sagt Baldus ad l. 39 pr. C. de app. nr. 1: „Appellatur a tanto et discutitur de toto: quia appellatio est communis etiam alteri parti, quae non appellavit." Auch die Reichsgesetze gebrauchen diesen Ausdruck. Vgl. R. A. von 1566 §. 116, R. A. von 1594 §. 96, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 34 §. 12. Diese Stellen beweisen zugleich, daß wenn nach dem oben zu Note 40 Bemerkten die Prosequirung der Appellation und des „commune beneficium" dem Appellaten auch dann vorbehalten bleiben sollte, wenn der Appellant in dem für die Einführung bestimmten Termin nicht erschien, diese Bestimmung als eine Folge der contumacia betrachtet wurde, und keineswegs auf der Voraussetzung beruht, daß die Einführung und folgeweise die Communion der Appellation mit einem früheren Zeitpunct eintrete. Allerdings aber war diese gesetzlich angenommene Folge der Contumacia eine Irregularität, welche erst der J. R. A. §. 64 insoweit beseitigte, daß er den Appellanten verpflichtete, die gravamina appellationis (oder statt derselben eine

Sehr bestritten ist nun aber, in welchem Umfang die reformatio in pejus vom Appellaten beantragt oder ohne Antrag vom Oberrichter erkannt werden könne. In der Hauptstelle sagt das R. R. dem Appellaten die richterliche Hülfe („judiciale praesidium") ganz allgemein zu, wenn er Einwendungen gegen das Urtheil habe (im Falle seiner Anwesenheit „si quid judicatis opponere maluerit");[60] nach einer anderen soll die siegreiche Partei, nachdem die besiegte appellirt hat, der Kosten wegen nicht appelliren, sondern erwarten dürfen, daß der Oberrichter auch ohne Appellation den Kostenpunct berichtigen werde.[61] Bedenkt man, daß das R. R. nur gegen Endurtheile zu appelliren gestattet, so wird man die erste Stelle etwa von Fällen verstehen, in denen der Unterrichter mit der Absolution oder Condemnation die Auflage einer Caution verbunden, oder den Verklagten nur ab instantia, nicht ab actione absolvirt, oder theilweise absolvirt, theilweise condemnirt hat. Und auf diesen letzten Fall als den einfachsten und häufigsten reducirt sich auch die zweite Stelle, obschon mit der Modification, daß der Anspruch auf Kostenersatz einen selbständigen, übrigens aber von der Entscheidung der Hauptsache abhängigen Streitpunct bildet. In diesen und ähnlichen Fällen soll also der Oberrichter nicht einseitig prüfen, ob der Appellant verletzt sei oder nicht („provocationem vel injustam tantum pronuntiare vel justam"), sondern die ganze Sache derselben Beurtheilung unterziehen, welche in voriger Instanz vom Unterrichter angestellt worden ist, und freie Hand haben, so zu erkennen, wie er es dem vorliegenden factischen Material und dem Recht entsprechend findet. Dieß ist das Princip des justinianeischen Rechts. Sich darüber auszusprechen, wie es zu halten sei, wenn das Urtheil mehrere Entscheidungen zusammenfasse, hatte Justinian wenigstens keine dringende Veranlassung. Denn wo in Form des Litis Consortium oder der objectiven Klagencumulation mehrere Rechtsstreite mit einem Mal entschieden worden sind, wirkt zwar die Einheit der Verhandlung auch in der Appellationsinstanz fort, weshalb der

Appellationsklage — §. 70 —) gleich mit der supplicatio pro processibus zu übergeben und in dem folgenden ersten Termin einfach zu wiederholen, also factisch die von ihm in materialibus zu entwickelnde Thätigkeit dem ersten Termin vorausgehen zu lassen. Nur muß der Appellat, um die Appellation einseitig prosequiren zu können, die Formalien beweisen.

60) L. 39 pr. C. de app. (7, 62).

61) L. 10 C. quando prov. n. est nec. (7, 64).

Appellant nicht schon durch die Interposition zu erklären braucht, von welchem Theile des Urtheils er appellire.[62] Materiell aber ist für jede Entscheidung eine besondere Appellation erforderlich,[63] und folgeweise die communio appellationis auf jede einzelne Appellation beschränkt. Nur dann, wenn einer der entschiedenen Streitpuncte zu einem anderen im Verhältniß der Abhängigkeit steht, muß die den Hauptpunct betreffende Appellation, wie die zweite der oben angeführten Stellen andeutet, die Communion auch für den Nebenpunct begründen. Zweifel sind mithin nur rücksichtlich solcher Urtheile möglich, welche sich über mehrere zu einer Klage (z. B. der a. tutelae) gehörige Posten (capitula) aussprechen, und gerade dieser Fall ist es, welcher an sich und als Typus vieler anderen in neuerer Zeit den Gegenstand des Streites bildet.

Den Grundsätzen des R. R. möchte es nun wohl angemessener sein, die Gemeinschaft der Appellation hier zuzulassen, und dem Oberrichter die reformatio in pejus in Betreff der vom Appellanten nicht angefochtenen Posten zu gestatten, da ein einziger Rechtsstreit vorliegt, und gegen das Urtheil, wenn es der einen Partei durchaus ungünstig wäre, nur eine Appellation erforderlich sein würde. Seit dem Mittelalter aber hat man eine Stelle herangezogen, die von der Restitution handelt und folgenden Inhalts ist. Eine Mündel, „ex causa curationis" belangt, und zu einem Klagposten verurtheilt, von den übrigen absolvirt, hat gegen die Verurtheilung um Restitution gebeten. Als nunmehr der Kläger die Wiederaufnahme des ganzen Processes verlangt, wird entschieden, es sei diesem Gesuche nicht zu entsprechen, sofern nicht der Posten, auf welchen sich die Restitution beziehe, mit den übrigen zusammenhänge.[64] Als Analogie zu dienen, ist freilich diese Entscheidung deshalb ungeeignet, weil sich von der Restitution nicht ohne Weiteres auf die Appellation schließen läßt. Nichts desto weniger ist sie constant zu dem Beweise benutzt worden, daß Urtheile, welche mehrere Puncte zusammenfassen, trotz der Einheit des Streitverhältnisses nur in den vom Appellanten angefochtenen

---

62) L. 13 pr. D. de app. (49, 1) [Appellanti nihil obesse, quod in libellis, a qua parte sententiae appellaret, non significavit"] vgl. mit l. 17 D. eod. —, l. 3 §. 1 vgl. mit §. 2, l. 10 pr. §. 3 D. eod.

63) Ueber l. 10 §. 2 D. eod. vgl. §. 54 Note 9, 10.

64) L. 29 §. 1 D. de minor. (4, 4).

und den mit diesen unzertrennlich zusammenhängenden Puncten in pejus reformirt werden können.[65]

Und in der That steht dies mit der späteren Entwickelung der Appellation im vollkommensten Einklang. Denn je weiter die Appellabilität der Interlocute ausgedehnt worden ist, um so bestimmter stellt sich als Aufgabe des Oberrichters die Prüfung der einzelnen vom Appellanten bezeichneten Beschwerdepuncte dar, und die consequente Folge davon muß die Beschränkung der Appellationsgemeinschaft auf die Beschwerdepuncte, d. h. die Anwendung des römischen Princips auf die Appellation von den Unterentscheidungen sein. Ist z. B. die durch die Klage geltend gemachte Forderung zum Theil anerkannt, zum Theil aberkannt worden, so ist nach der römischen Auffassung maaßgebend, daß, wie die Klage, so auch das Urtheil zwar als in zwei Theile zerlegt gedacht werden kann, in Wirklichkeit aber doch eins ist. Und wenn daher der Kläger gegen die Absolution appellirt, so läßt er nicht etwa das Urtheil im Betrage der Condemnation bestehen, sondern kommt einfach auf die ursprüngliche Klagbitte zurück, fordert über diese im Ganzen ein neues Urtheil und macht eben dadurch die Abweisung der ganzen Klage möglich. Heut zu Tage dagegen haben wir einem Urtheil des bezeichneten Inhalts gegenüber zunächst zu fragen, ob es Unterentscheidungen erkennen lasse,

65) So schon die gl. Judicatis] ad l. 39 pr. C. de app.: „Verum est super eo capitulo, in quo est appellatum vel connexo, non in alio, ut D. de minor. l. etiam §. ex causa (l. 29 §. 1), et D. de arbitr. l. quid tamen (21), et supra de transact. l. si ex falsis (42), et ad hoc supra ex l. in offerendis, in f. (37). Sodann Durant. II. 3. de app. §. 1 nr. 13, Baldus ad l. 39 pr. C. de app. nr. 3, Joa. Petr. de Ferrariis: Prax. aur. XXI. gl. 1 nr. 9, gl. 3 nr. 2, Felinus ad c. 11 X. de exc. nr. 5, Decius ad c. 7 X. de app. nr. 55, Phil. de Franchis ad idem cap. vers. Circa secundum casum, Boërius: Decis. Burd. 73, Scaccia: Tr. de appell. qu. 17 lim. 21 nr. 25. Ueber die deutsche Praxis finden sich ausreichende Nachweisungen bei Sartorius a. a. O. (Note 53) S. 450. Bei einer eingehenderen Besprechung sind aber neuerdings starke Differenzen zu Tage getreten. Mehlen: Ueber die Appellation §. 14, 15, Linde II. §. 204, Schmid: Handbuch III. §. 232 S. 458 fg. gehen auf den Standpunct des R. R. zurück, und behaupten, die Communion ergreife alle Theile des Urtheils, welche derselben Rechtssache angehören, schließen also die Communion nur dann aus, wenn sich im Falle der Klagenhäufung die Appellation auf eine der mehreren Klagen beschränkt. In gleichem Umfang läßt Arnold a. a. O. (Note 53) XXVIII. 4 die Adhäsion zu, steckt jedoch in Ermangelung der Adhäsion der reformatio in pejus die oben im Texte vertheidigten engeren Grenzen, wogegen Heffter: System §. 454 und Renaud: Lehrbuch S. 562 fg., welche mit dem Texte in Betreff der Adhäsion übereinstimmen, die unbeantragte reformatio in pejus gänzlich verwerfen, weil sie mit dem Verhandlungsprincip im Widerspruch stehe (worüber Note 69 zu vergleichen ist).

und ob sich die Appellation speciell gegen diese richte. Nur wenn beide Fragen bejaht werden, kann überhaupt von einer Beschränkung der Communion die Rede sein. Gesetzt nun, der Kläger beschwere sich darüber, daß der Klagbeweis bezüglich des aberkannten Theils des Streitobjects für mißlungen erklärt worden sei, so hat der Oberrichter eben den Klagbeweis von Neuem zu prüfen, und wenn er sich von dessen völliger Unhaltbarkeit überzeugt, die Klage ganz zurückzuweisen; dagegen ist er nicht in der Lage, zufolge des Antrags des Appellaten oder ex officio auf eine nochmalige Prüfung des etwa für mißlungen erklärten Einredebeweises eingehen zu können.

Dieses Princip nun muß auch auf die Appellation von Zwischenurtheilen angewandt werden, und gerade hier wird es besonders wichtig. Hat sich z. B. der Kläger wegen der Beweisauflage im Klagpunct beschwert, so kann der Verklagte, dessen Einreden verworfen worden sind, zwar nicht dieserhalb, wohl aber wegen der Zulassung der Klage, oder weil eine relevante Klagthatsache nicht zu Beweis verstellt worden ist, adhäriren. Denn die Prüfung der die Klagthatsachen betreffenden Beweisauflage erfordert keine wiederholte Prüfung der Einreden, wogegen sie ohne Prüfung der Klage nicht möglich ist. Ferner, wenn die vorige Instanz auf den Beweis des Klaggrundes erkannt und der Verklagte hiergegen, d. h. gegen die Zulassung der Klage appellirt hat, so kann der Kläger adhaerendo zwar bitten, daß der Klaggrund als zugestanden angesehen und die auf denselben bezügliche Beweisauflage aufgehoben werde, er kann sich aber nicht über die Zulassung der Einreden beschweren, weil durch die Anfechtung desjenigen Theils des Urtheils, welcher den Beweis der Klagthatsachen betrifft, der Oberrichter nicht veranlaßt wird zu überlegen, was rücksichtlich der Einreden zu erkennen sei. Ganz ähnliche Verhältnisse kommen bei der Appellation gegen Erkenntnisse vor, welche die nothwendigen Eide reguliren. Andrerseits darf der Oberrichter, wenn die Klage wie angebracht zurückgewiesen, und dagegen vom Kläger appellirt worden ist, die Bitte des Verklagten um definitive Zurückweisung nicht bloß dann berücksichtigen, wenn die Klage als in den Rechten nicht begründet erscheint, sondern auch, wenn sie rechtlich und factisch begründet ist, und die auf dieser Grundlage vorgenommene weitere Prüfung auf zugestandene peremtorische Einreden führt; denn auch die nicht zuge-

standenen Einreden und Repliken müßten nunmehr zu Beweis verstellt werden.

In diesem Sinne hat der Oberrichter, mag ein Antrag vorliegen oder nicht, die mit den appellantischen Beschwerdepuncten zusammenhängenden Beschwerden des Appellaten zu berücksichtigen, die trennbaren zu übergehen. Jedoch sollte man nicht sagen, die Sache werde nur im Umfang der appellantischen Beschwerden an die obere Instanz devolvirt.[66] Daß dies unrichtig ist, wird sich im folgenden §. zeigen. Die Sache wird vielmehr ganz devolvirt, die oberrichterliche Befugniß zu reformiren (auch in pejus) aber durch die Beschwerden beschränkt. Auch darf man sich durch die engere Fassung, welche häufig der Appellationsbitte gegeben wird,[67] nicht irre machen und zu der Meinung verführen lassen, die amtliche reformatio in pejus widerstreite dem heutigen Verhandlungsprincip.[68] Die Thätigkeit des Appellanten ist vorzugsweise eine critische, sie bezweckt die Beseitigung des angefochtenen Urtheils, und dies spricht sich in der negativen Fassung der Appellationsbitte aus, zu erkennen, daß übel geurtheilt. Dagegen sind für die mit der Aufhebung des Urtheils verbundene positive Thätigkeit des Oberrichters die Verhandlungen und Anträge der vorigen Instanz maaßgebend, woraus sich nicht nur die reformatio in pejus erklärt, sondern auch die weitere Folge ergibt, daß der Oberrichter sogar über die etwaige positive Bitte des Appellanten hinauszugehen (z. B. die Klage statt angebrachter

---

66) So hat man sich schon in alter Zeit häufig ausgedrückt. Richtig ist der obige Satz nur da, wo mehrere Klagen zu einem Verfahren verbunden sind, indem dann eben so viel Urtheile erfolgen, gegen deren jedes der Sache nach besonders appellirt werden muß (Note 62, 63), damit der Suspensiv- und Devolutiveffect eintrete. Ueberhaupt hat hier die Verbindung keine andere als formelle Bedeutung. Sie macht das Zusammenfassen der mehreren Handlungen in einem Acte möglich und rechtfertigt die Nachweisung der Erwachsenheit aus dem Zusammenrechnen der einzelnen Beschwerdesummen.

67) Diese Bitte kommt schon in den Reichsgesetzen vor. Wo von einem absolutorischen Urtheil appellirt worden ist, soll der Appellant in seiner Appellationsklage bitten, den Widertheil laut seiner Klage in erster Instanz zu condemniren. Vgl. K. G. O. von 1500 tit. 39 §. 6, von 1508 tit. 3 §. 4, 5, von 1555 III. 31 §. 11, Conc. von 1613 III. 36 §. 1. Die beiden älteren K. G. Ordnungen stellen jedoch diese Bitte geradezu ins Belieben des Appellanten, und die K. G. O. von 1508 tit. 3 §. 5 fügt ausdrücklich hinzu: „Item so der Appellans in solchem, als jetzt gemeldt, nicht begehrt den Widertheil also zu condemniren, so mag der Richter solches thun.“ Hieraus ersieht man, daß die den Appellationslibellen angefügten positiven Bitten nicht erforderlich sind, und daß sie auf die Sachlage der vorigen Instanz zurückgehen.

68) So z. B. Heffter: System §. 454 Note 130.

Maaßen definitiv zurückzuweisen) oder jene Bitte zu ignoriren genöthigt sein kann.[69]

Wie bereits früher gezeigt worden ist, beginnt die Gemeinschaft der Appellation, d. i. das Recht des Appellaten auf Berücksichtigung des Interesses, welches er an der Abänderung des angefochtenen Urtheils hat, mit der Introduction. Und daraus folgt, daß nach der Introduction dem Appellanten der einseitige Verzicht auf sein Rechtsmittel nicht mehr gestattet ist.[70] Weil aber jenes Recht als ein Ausfluß der jenseitigen Appellation erscheint, so kann seine Verwirklichung, sei es durch accessorische Adhäsion oder durch amtliche reformatio in pejus, nicht davon abhängig sein, daß der Werth der appellatischen Beschwerde die Höhe der Appellationssumme erreicht.[71]

Uebrigens verbindet sich etwas den Adhäsionsbeschwerden Aehnliches mit der in der ersten Instanz vorzunehmenden Litis Contestation nicht, und dies allein beweist schon, daß die Litis Contestation der Appellationsinstanz von jener nicht unwesentlich verschieden ist. Doch hat sie darin wieder die gleiche Bedeutung, daß die in ihr enthaltenen Bitten und Behauptungen von den Parteien zu rechtfertigen sind, und daß der Appellant als der angreifende Theil hierin vorausgehen muß.

Zur Rechtfertigung der Appellationsbitte, oder was dasselbe ist, der Appellationsbeschwerden nun bieten sich dem Appellanten verschiedene Mittel. Das gewöhnlichste ist das der juristischen Ausführung. Diese sucht, von dem in den Voracten enthaltenen Material ausgehend, nicht nur die unterrichterlichen Entscheidungsgründe, sofern und soweit sie mitgetheilt worden sind, zu widerlegen, sondern ferner auch darzuthun, daß eine richtige Beurtheilung der vorliegenden Thatsachen und Beweismittel zu dem durch die Appellationsbitte bezeichneten Resultat führe. Ein anderes, seltener anwendbares Mittel bietet das s. g. beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata

69) Dieses Resultat steht in vollem Einklang mit dem, was in §. 43 unter 1. über das Verhandlungsprincip und dessen Beschränkungen vorgetragen worden ist.

70) C. 70 §. 2 X. de app. (2, 28): „Ille denique, qui vocem appellationis emisit, cujus nondum est alii cognitio delegata, ad petitionem ejusdem ad eum, a quo provocavit, de jure remittitur, contradictione partis alterius non obstante, in legitimis expensis adversario, quas eum propter hoc fecisse constiterit, condemnandus.“ Von der obigen Regel scheinen auch c. 10, 44 in VI. de elect. (1, 6) auszugehen.

71) Vgl. Pfeiffer: Practische Ausführungen VI. S. 227.

probandi,[72] welches dem Appellanten die Befugniß gibt, neue Thatsachen vorzutragen und die bereits in voriger Instanz vorgetragenen besser zu beweisen. Im R. R.[73] war diese Befugniß kein beneficium; sie ergab sich von selbst daraus, daß die obere Instanz eine Erneuerung des vorigen judicium war, in welchem bis zum Endurtheil präclusivische Fristen und Termine nicht vorkamen.[74] Eben so im C. R.,[75] welches jedoch bei Appellationen gegen Interlocute die nova ausschloß.[76] Durch die Reichsgesetze

---

72) Davon handeln Gasser: Diss. de beneficio non deducta deducendi et non probata probandi, Hal. 1722, Spangenberg im Archiv für civ. Pr. IX. 3., Menger: Die Zulässigkeit neuen Vorbringens in den höheren Instanzen, Wien 1873.

73) Aus der Zeit der Pandectenjuristen liegt nur ein indirectes Zeugniß in l. 42 D. de minor. (4, 4) vor: — „Quod enim appellatio interposita majoribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores". Vgl. dazu l. 2 C. sent. resc. n. posse (7, 50). Alle directen Zeugnisse gehören der späteren Kaiserzeit an. Vgl. l. 6 §. 1 C. de appell. (7, 62) [„Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum, apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur, quum votum gerentibus nobis aliud nihil in judiciis quam justitiam locum habere, necessaria res forte transmissa non excludenda videatur"], §. 2 [„Si quis autem post interpositam appellationem necessarias sibi putaverit esse personas, per quas apud judicem, qui super appellatione cognoscet, veritatem possit ostendere, hocque fieri judex perspexerit, sumtus iisdem ad faciendi itineris expeditionem praebere debebit, quum id ipsa justitia persuadeat, ab eo hoc recognosci, qui evocandi personas sua interesse crediderit"], l. 4 C. de temp. et repar. (7, 63) [„Per hanc divinam sanctionem decernimus, ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus tam appellatori quam adversae parti novis etiam assertionibus utendi, vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae. Sed et si qua dicta quidem allegatio monstrabitur vel instrumentum aliquod prolatum, probationes tamen illo quidem defuerint tempore, verum apud sacros cognitores sine procrastinatione praeberi poterunt, id quoque eos admittere, quo exercitatis jam negotiis pleniore subveniatur veritatis lumine"], l. 37 in f. C. de app. (7, 62) [„— Novas etiam assertiones a partibus apud eundem vel eosdem judices addi, ad exemplum consultationis ad sacrum nostrum palatium introducendae permittimus"], l. 39 §. 1 C. eod. [„— sed haec sola eis inscribere, quae compendiosa narratione causas provocationis possunt explanare, vel aliquid novi continent, vel addere, quod derelictum est"]. Die drei letzten Stellen enthalten eine Neuerung für das Verfahren per consultationem, in welchem früher — l. 11 pr. C. Th. app. (11, 30) — keine nova zugelassen wurden. Vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. §. 116 Note 37, 74 fg., III. §. 160 Note 39, 54, 76 und Menger a.a.O. S. 14 fg., welcher jedoch der ang. l. 37 eine andere Bedeutung beilegen will. Uebrigens s. auch l. 36 C. de app. (7, 62).

74) Auf diesen Gesichtspunct macht auch aufmerksam Briegleb: Einleitung in die Theorie der summ. Pr. §. 27.

75) C. 10 X. de fide instr. (2, 22). Irrthümlich zieht Menger a. a. O. S. 55 hierher c. 45 X. de app. (2. 28) und c. 1 de app. in VI. (2, 15).

76) C. 5 Clem. de app. (2, 12). Vgl. auch Note 26.

aber ist zwar diese Ausschließung der nova auf Appellationen gegen Interlocute, die nicht die Kraft eines Endurtheils haben, eingeengt,[77] bei allen übrigen Appellationen aber die Zulassung der nova[78] von der Ableistung eines Calumnieneides abhängig gemacht worden, durch welchen der Appellant beschwören muß, „daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt oder solches dermalen nicht einbringen können oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig erachtet, nunmehr aber davor halte, daß solches zur Erhaltung seines Rechtens dienlich oder nothwendig sei."[79] Dieser Eid erinnert deutlich an die restitutio propter nova reperta,[80] und inconsequent ist es nur, daß sich der Appellant nicht auch anderer Restitutionsgründe (z. B. der Abwesenheit,[81] der minor aetas) bedienen darf, um dem neuen Vorbringen in der Appellationsinstanz Eingang zu verschaffen. Jedenfalls aber sind die in der Lehre von der Restitution vorgetragenen Grundsätze für die Frage entscheidend, durch welche Beziehung zu dem anhängigen Rechtsstreit die Zulassung der nova bedingt sei. Denn das Nachbringen derselben ist in der That nichts Anderes als die Einfügung eines

---

77) K. G. O. von 1508 tit. 2 §. 7, 8, Dep. A. von 1600 §. 113. Vgl. auch Note 27.

78) K. G. O. von 1500 tit. 39 §. 9, 11, 12, von 1508 tit. 2 §. 8—11, tit. 3 §. 14, 15, von 1555 III. 33 §. 3—5, Conc. von 1613 III. 39 §. 2—4, J. R. A. §. 64, 71, 74. Vgl. Fuhr im Archiv für pract. R. W. VI. S. 387 fg. und Menger a. a. O. S. 61. fg.

79) Dieser Eid ist durch den J. R. A. §. 73, 118 eingeführt worden. Die früheren Reichsgesetze hielten sich an das römische und canonische Recht, außer im Fall der Appellation von einer Austrägalinstanz, zu deren Begündung kein novum zugelassen werden sollte, „es wäre denn durch die Partei bei dem Eide, den sie dem Cammer-Richter — — thun soll, erhalten, daß sie solches in erster Instanz nicht Wissens gehabt, oder das nicht mögen einbringen, auch davor hält, daß ihr solch neu Einbringen zu Erhaltung ihrer Gerechtigkeit dienlich sei." Vgl. K. G. O. von 1521 tit. 34 §. 12, von 1555 II. 6 §. 1, Conc. von 1613 II. 6 pr. Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit c. 4 in VI. de elect. (1, 6).

80) S. §. 53 zu Note 58 (und was dort folgt). Aus dem dort Angeführten ersieht man jedoch, daß der Restitutionseid im J. R. A. (§. 78) noch eine engere Fassung hatte, und erst später (durch Aufnahme des Nicht-dienlich-erachtens) eine gleichlautende Formel erhielt.

81) Auf die Abwesenheit und ähnliche Verhinderungen würde sich der Appellant berufen müssen, wenn er mit Angriffsmitteln zugelassen werden wollte, die wegen Termins- oder Fristversäumung (contumacia in non comparendo) präcludirt sind. Solche nachzubringen, kann nach dem J. R. A. nicht für statthaft gehalten werden, weil der zu schwörende Eid offenbar auf der Voraussetzung beruht, daß gerade das Nicht-wissen, das Nicht-können oder Nicht-für-dienlich-erachten die Versäumung des novum in erster Instanz verursacht habe.

Restitutionsgesuches in das Appellationsverfahren.[82] Thatsachen dürfen danach sowohl zur Erläuterung[83] und Ergänzung früherer, als zur selbständigen Begründung neuer Angriffe (Einreden, Repliken, Dupliken, Beweiseinreden u. s. w.), und eben so Beweismittel nicht bloß zur Vervollständigung früherer, sondern auch zur Antretung noch nicht versuchter oder mißlungener Beweise nachgebracht werden.[84] Auch kann wegen des Eides, welchen der Appellant zu leisten hat, die Publication der Zeugenaussagen nicht mehr wie nach C. R. als ein Hinderniß für die Production neuer Zeugen „super eisdem capitulis" gelten.[85] Dagegen verdienen solche Thatsachen und Beweismittel keine Beachtung, welche dem in voriger Instanz durch die L. C. festgestellten Streitverhältniß nicht entsprechen,[86] eben so wenig diejenigen, deren Ausschließung für

82) Dies geht besonders klar aus den am Schluß der Note 79 citirten Stellen hervor, welche von Fällen handeln, in denen die Appellation an sich keine nova zuließ.

83) Darauf namentlich ist der J. R. A. §. 74 zu beziehen, über dessen Verhältniß zu §. 73 Briegleb a. a. O. (Note 74) §. 26 verglichen werden kann.

84) Unbegreiflich ist, wie neuere Juristen — vgl. die bei Schmid: Handbuch III. §. 227 N. 18 Citirten — aus dem R. R. und den Reichsgesetzen die Ansicht haben ableiten können, daß die Beschwerden bloß durch neues Vorbringen nicht gerechtfertigt werden dürften, oder nach Heffter's: System §. 453 Ausdruck, „daß das neue Vorbringen nur zur Unterstützung von Anträgen und Vertheidigungsmitteln zulässig sein solle, welche schon unter den beim Richter erster Instanz vorgebrachten mitbegriffen seien, oder mit diesen in genauem Zusammenhang stehen, keineswegs aber zur Begründung völlig neuer Anträge, Behauptungen und Exceptionen." Die Ausdrücke „novas etiam assertiones — addi" in l. 37 C. cit., und „assertionibus — vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent" in l. 4 C. cit (Note 73) würden nach dem ganzen Zusammenhang der römischen Gesetzgebung jene Ansicht nicht rechtfertigen, wären auch die Reichsgesetze, welche auf das R. R. Bezug nehmen — J. R. A. §. 73 — weniger klar, als sie es wirklich sind. Zudem sieht man nicht ein, wozu die nova dienen sollen, wenn das angefochtene Urtheil an sich schon beschwerend sein muß. Der Einwand aber, welchen Gönner: Handbuch III. 60 §. 15 erhebt, daß, wo man seine Vertheidigung nur auf neues Vorbringen baue, die Gesetze das Rechtsmittel der Restitution gegeben hätten, ist deshalb nicht stichhaltig, weil die Concurrenz zweier Rechtsmittel gar nichts Ungewöhnliches ist.

85) S. §. 53 Note 12, wo die verwandte Frage bejaht worden ist, ob auf dem Wege der Restitution publicatis attestationibus neue Zeugen producirt werden dürfen.

86) Dies wollen die Worte der l. 4 C. de temp. et repar. (7, 63) sagen: „— novis etiam assertionibus utendi vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent." Im Sinne des Textes werden diese Worte auch von den Reichsgesetzen verstanden. Vgl. K. G. O. von 1508 tit. 3 §. 14 [„So etwas Neues oder neue articuli zugelassen werden, sollen dieselbige der eingebrachten Klage gemäß sein, und aus derselben Klage gemacht werden: wo aber solches nicht ist, sollen sie nicht zugelassen werden. Bart. Cynus et Dd. in l. Per hanc (4) C. de temp. app. Also so einer in erster Instanz geklagt hat um einen Kauf, sol er in der Appellationssache nicht einbringen oder klagen um geliehen Geld oder mit einer andern Klage"], K. G. O. von 1555

den Appellanten keine zur Restitution geeignete Läsion enthält,[87] und natürlich auch solche nicht, deren Zulassung einen anderen Restitutionsgrund als den durch jenen Eid beglaubigten voraussetzen würde.

Dieser Rechtfertigung der appellantischen Beschwerden gegenüber hat nun der Appellat seine Gegenbitte und die etwaigen Adhäsivbeschwerden aufrecht zu erhalten.[88] 1. Den Rechtsdeductionen begegnet er durch Gegendeductionen, oder auch, wenn er den oben beschriebenen Eid leistet, durch neue Thatsachen und Beweismittel, welche geeignet sind, seinen Widerspruch als materiell begründet darzustellen.[89] 2. Gegen die nova des Appellanten vertheidigt er sich in derselben Art, in welcher er es in der vorigen Instanz gethan haben würde,[90] ohne daß er sich zu den entsprechenden positiven Gegenangriffen erst durch einen Eid zu legitimiren braucht.[91]

Ueber die Gegenangriffe des Appellaten, mögen dieselben durch den Eid bedingt sein oder nicht, ist dann wieder der Appellant zu hören, und so fort, bis die Sache zum Spruch reif ist.[92]

Der oberrichterlichen Beurtheilung nun ist zunächst eine äußere Schranke durch die rechtskräftigen Interlocute gesetzt, welche dem angefochtenen Urtheil vorausgegangen sind. Denn diese binden auch den Oberrichter und können weder direct noch indirect in einem späteren Stadium Gegenstand der Beschwerde sein.[93] Nur

---

III. 33 §. 5, Conc. von 1613 III. 39 §. 4 [„— Doch daß die neuen Articul der Klage in erster Instanz eingebracht gemäß und aus derselbigen gezogen sein, und nicht auf andere Klagen oder Sachen, darumb nicht geklagt, gestellt werden“].

87) S. §. 53 Note 4 fg.

88) Im R. R. ist nur beiläufig von der Vertheidigung des Appellaten die Rede. Vgl. l. 41 D. fam. erc. (10, 2), l. 3 D. de his, quae in test. del. (28, 4), l. 97 D. de leg. III. (32, 1).

89) S. die Stellen der Noten 73 und 78.

90) K. G. O. von 1496 tit. 14 §. 10, von 1500 tit. 39 §. 10, von 1508 tit. 3 §. 16, von 1555 III. 33 §. 3, 4, Conc. von 1613 III. 39 §. 2, 3.

91) Dies wird zwar vom J. R. A. §. 73 nicht ausdrücklich hervorgehoben, ergibt sich aber von selbst.

92) S. die Stellen der Note 90.

93) In den Quellen des gemeinen Rechts finden sich hierfür keine Belege. Weder das römische noch das canonische Recht erkannten die Rechtskraft der Interlocute an, und wenn die Legisten die interlocutoriae vim definitivae habentes den Endurtheilen gleich behandelten, so verstanden sie doch vorzugsweise solche Urtheile darunter, welche entweder die Instanz erledigten, oder einen mittelst selbständiger Sachbitte angeregten Incidentpunct entschieden — §. 51 Note 7 —. Erst die deutsche Doctrin hat angenommen, daß auch die das Endurtheil vorbereitenden Interlocute die Kraft eines Endurtheils haben können, und wenn sie sie haben, nicht bloß appellabel, sondern auch unwiderruflich sind

über solche Interlocute, die wegen unheilbarer Nichtigkeit nicht rechtskräftig geworden sind, darf zu jeder Zeit hinausgegangen werden.[94] Eine innere Schranke aber hat die Cognition des Oberrichters in den Bitten und Beschwerden, durch welche die Parteien das Streitverhältniß für die Appellationsinstanz festgestellt haben. Sie sind es, über welche der Oberrichter erkennen soll, und im Anschluß an sie kann daher sein Urtheil keinen anderen Inhalt haben, als daß es das vorige Urtheil (natürlich immer nur so weit die Beschwerden reichen) entweder bestätigt, oder abändert,[95] oder theilweise bestätigt und theilweise abändert.[96] Dabei kommen zwei Puncte in Frage, 1. ob die Beschwerden (die des Appellanten und die des Appellaten) begründet seien, und wenn diese Frage bejaht wird, 2. was an die Stelle des angefochtenen Urtheils zu setzen sei. Die Verneinung der ersten Frage führt nothwendig zur Bestätigung des vorigen Urtheils, welche indeß rein formale Modificationen[97] und die Ergänzung der Condemnation bezüglich der inzwischen verfallenen Nebenleistungen[98] nicht ausschließt. Die Bejahung dagegen hat nicht

— §. 51 Note 9 —. Daraus aber ergiebt sich die Behauptung des Textes von selbst. Denn die Befugniß des Oberrichters zur Abänderung einer unterrichterlichen Verfügung kann nur durch die gegen dieselbe rechtzeitig eingewandte Appellation, oder wenn diese unterlassen, die Sache aber zufolge der Appellation von einer späteren Verfügung an ihn gelangt ist, durch die Widerruflichkeit jener früheren Verfügung begründet werden. Eben darum sind andererseits einfache Interlocute, wennschon sie appellabel und mit einem selbständigen Rechtsmittel nicht angefochten sein sollten, für den Oberrichter nicht bindend. — Die auch den Oberrichter bindende Rechtskraft der nicht rechtzeitig angefochtenen Interlocute — vgl. §. 51 Note 44 — ist vorzugsweise in Anwendung auf die Beweisinterlocute besprochen, und in dieser Anwendung von den meisten neueren Juristen anerkannt worden. Vgl. Claproth: Einleitung II. §. 214 Note d, Weber: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung (ed. Heffter) II. §. 7, Schmid: Handbuch II. §. 122, Bayer: Vorträge §. 232 und Planck: Die Lehre vom Beweisurtheil §. 25, 35, 36, so wie die von diesen Schriftstellern (von Planck S. 224 Note 1) Citirten. Besonders gründlich und lehrreich wird die Frage von dem zuletzt Genannten erörtert, welcher in §. 36 auch die abweichenden Ansichten berührt und widerlegt.

94) L. 3 pr. §. 1 D. quae sent. sine app. (49, 8), l. 4 C. de sent. quae sine certa quant. (7, 46), und dazu Planck a. a. O. S. 304.

95) Vgl. die Stellen der Note 54.

96) Entweder zu Gunsten des Appellanten — l. 41 D. fam. erc. (10,2)—, oder zu Gunsten des Appellaten (in pejus).

97) Vgl. Cropp in Heise und Cropp: Jurist. Abhandl. II. S. 227 unter a, vgl. mit S. 242 fg.

98) Nach l. 64 D. de re jud. (42, 1) und l. 24 pr. D. de app. (49, 1), beinahe gleichlautenden Stellen des Scävola, soll wegen der zufolge der Verspätung der Verurtheilung („quo tardius judicatum est") entbehrten Zinsen des Hauptgeldes („principalis pecuniae," „pecuniae in condemnationem deductae") eine utilis actio gegeben werden. In l. 41 pr. D. de usur. (22,1)

nothwendig die Abänderung zur Folge. Dann nämlich nicht, wenn sich die Beschwerde gegen eine Unterentscheidung richtet, und diese unhaltbar, die Hauptentscheidung aber aus anderen Gründen gerechtfertigt ist. Es ist dabei an Fälle zu denken, in denen die specielle Beschwerde nicht bloß die Appellationsbitte individualisirt, sondern zugleich deren Grund bildet. Ein Beispiel ist dieses. Der Klage aus einem Darlehn ist die Compensationseinrede entgegengesetzt worden; nach angetretenem und durchgeführtem Klag- und Einredebeweise hat der Unterrichter den Klagbeweis für mißlungen erklärt und dieserhalb die Klage abgewiesen. Hier gilt der Anspruch aus der Gegenforderung weder als ab- noch als zuerkannt und kann mithin später noch klagend verfolgt werden. Gesetzt nun, der Oberrichter überzeuge sich, daß die gegen die Verwerfung des Klagbeweises gerichtete Beschwerde des Klägers begründet sei, so würde er nunmehr auf die Compensationseinrede eingehen und möglicher Weise auf Grund derselben die Abweisung der Klage bestätigen müssen. Daß es sich dann nicht um die bloße Berichtigung eines Entscheidungsgrundes handelt, sondern um Abänderung einer Entscheidung, nämlich einer Unterentscheidung, liegt klar am Tage. Das schließliche Resultat aber bleibt die Abweisung der Klage und deshalb wird das angefochtene Urtheil nicht abgeändert, sondern bestätigt.[99] Der Oberrichter hat also nach Anleitung der aufgestellten Beschwerden (und gleich als seien die etwaigen nova schon in voriger Instanz vorgetragen worden) die unterrichtliche Cognition zu wiederholen, und nur wenn er auf diesem Wege zu einem anderen Resultat als der Unterrichter gelangt, das vorige Urtheil abzuändern.

Damit stimmt eine Vorschrift des N. R. überein, nach welcher in der Appellationsinstanz die inzwischen mit rückwirkender Kraft erlassenen Gesetze außer Acht bleiben sollen,[100] und man darf daher unbedenklich sagen, das neue Urtheil trete ganz in die Stelle des angefochtenen ein. Eine eigentliche Retrotraction des neuen Urtheils dagegen, wie in Folge des Eintritts einer Resolutivbe-

---

dagegen räumt Modestin dem Appellationsrichter die Befugniß ein, die bestätigte Condemnation auf die Zinsen der Zwischenzeit auszudehnen. Dies beruht offenbar auf einem Fortschritt der Rechtsentwickelung. Heut zu Tage, wo die Verurtheilung in Geld nicht mehr die Regel bildet, verbirgt sich im Falle der Bestätigung diese Ausdehnung der Verurtheilung unter den unbestimmten Ausdruck des ersten Urtheils („nebst den Zinsen," „nebst den Früchten").

99) Vgl. Cropp a. a. O. (Note 97) II. S. 241.

100) Nov. 115 c. 1.

dingung, findet nicht Statt. Dazu würde einerseits nicht passen, daß die nach dem ersten Urtheil eingetretenen Veränderungen des streitigen Rechts vom Oberrichter noch zu berücksichtigen sind,[101] und andererseits, daß selbst im Falle der Bestätigung die Folgen der Verurtheilung sich erst vom Tage des neuen Urtheils datiren.[102]

Von einem eigentlichen Appellationsurtheil redet man jedoch nur da, wo der Appellat gehört worden ist. Richtet sich die Appellation gegen ein einfaches Interlocut, so bedarf es, wie oben[103] gezeigt, des appellatischen Gehörs nicht; der Oberrichter beschränkt sich dann darauf, vom Unterrichter mit den Acten einen Bericht einzuziehen, um sofort die angefochtene Verfügung zu bestätigen oder abzuändern, was beides durch Decret geschieht, obschon gewöhnlich in der Form eines an den Unterrichter ergehenden Rescripts, welches im Falle der Abänderung insbesondere den Befehl zur Abstellung der appellantischen Beschwerde enthält, und davon Ordination heißt.[104] Nicht minder aber lassen in

101) L. 41 pr. D. de usur. (22, 1), und dazu Note 98.

102) L. 6 §. 1 D. de his, qui not. inf. (3, 2), wonach die Infamie als Folge der Verurtheilung aus einer actio famosa erst mit der Bestätigung eintreten sollte. Uebrigens möchte diese Stelle nebst den Citaten der Note 98 darauf hindeuten, daß früherhin die Confirmation, d. i. der Ausspruch appellationem injustam esse, allerdings retrotrahirt worden sei.

103) S. das zu Note 44 Gesagte.

104) Die Ordinationen kommen als eigentliche rescripta de emendando gravamine zuerst im R. H. Rath vor, werden später, obwohl in etwas veränderter Form, vom R. K. Gericht adoptirt, und bezwecken in ihrer reichsproceſſualischen Anwendung eine Abkürzung des Appellations-Verfahrens. Sie werden vor der introductio judicialis und ohne Einsicht der Voracten, jedoch nur unter Voraussetzung völlig liquider Beschwerden erlassen, und zwar vom R. H. Rath, wie bemerkt, in Rescriptsform, indem er daneben die erbetenen Appellationsprocesse erkennt, ihre Expedition aber vorläufig aussetzt, vom R. K. Gericht vermittelst eines Decrets, durch welches zugleich die Appellationsprocesse zur Zeit abgeschlagen werden. Natürlich war dieses Verfahren nur möglich, wo der vorige Richter die angefochtene Verfügung selbst aufheben konnte, ohne sich einer Nichtigkeit schuldig zu machen, d. h. wo es sich um eine Extrajudicial-Appellation (§. 58) oder um die Appellation von einem einfachen Interlocut handelte, und dieser letzte Fall ist der im Text besprochene, dessen heutige Behandlung sich von der reichsgerichtlichen eigentlich nur darin unterscheidet, daß die heutige Ordination nach geschehener Introduction und nachdem die Acten mit dem Bericht des Unterrichters eingegangen sind, erfolgt. Näheres über die Ordinationen findet man bei Hahn: Diss. de ordinationibus, novo judicandi genere in supremis imperii tribunalibus, imprimis in camerae imperialis judicio invalescente, Mog. 1753 (auch in Pütter: Opusc. rem judiciariam imperii illustr. p. 602—650), Cramer de Clauspruch: Diss. de ordinationibus in processu camerae imperialis usitatis, Mog. 1776, Claren: Diss. de eo, quod justum est circa rescripta de emendando seu ordinationes, Gott. 1798, Gönner: Handbuch III. 69, Almendingen: Metaphysik des C. Pr. Abh. 9, Linde II. §. 170—176.

dem heut zu Tage gangbaren rein schriftlichen Verfahren ausnahmsweise auch die übrigen Appellationen eine Entscheidung ohne Gehör des Appellaten zu. Wir sehen hierbei von der Verwerfung der Appellation, zu welcher der Oberrichter schreitet, wenn er sich sogleich aus der Introductionsschrift von dem völligen Ungrunde der aufgestellten Beschwerden überzeugt, ganz ab, denken aber an einen verwandten Fall. An den Fall nämlich, wo das eigene Vorbringen des Appellanten die Erfolglosigkeit der Appellation zwar sehr wahrscheinlich macht, jedoch nicht über allen Zweifel erhebt. Hier muß der Oberrichter die Appellation annehmen, theilt aber der Kosten- und Zeitersparniß wegen die Introductionsschrift dem Appellaten bloß zur Nachricht mit,[105] und fordert vorerst die Acten ein. Stellen diese dann die Sache in ein günstigeres Licht, oder gar eine reformatio in pejus in Aussicht, so wird nachträglich die Vernehmlassung eingeholt, im umgekehrten Falle aber das angefochtene Erkenntniß bestätigt. Diese Bestätigung nimmt gemeiniglich die Form eines Decrets an, enthält indeß der Sache nach ein Urtheil. Denn der Appellant ist in der vorigen Instanz gehört worden, und sein dort erhobener, aus den Voracten ersichtlicher Widerspruch wirkt in der oberen Instanz fort.[106] Gerade darin unterscheidet sich ein solches, auf die Voracten gegründetes Decret von der Verwerfung der Appellation (ex defectu materialium). Jenes setzt die Introduction voraus, diese schneidet sie ab; jenes erfolgt nach, diese ohne Einsicht der Voracten; jenes hat die Beschwerden des Appellaten zu berücksichtigen, diese nicht.

In vielen Territorien pflegt man mit Umgehung der Vernehmlassung sogar zur Abänderung des angefochtenen Urtheils vorzuschreiten.[107] Man hält dies für zulässig, wo entweder von Seiten des Appellaten eine erfolgreiche Vertheidigung nicht zu er-

---

105) Etwas Aehnliches ist im mündlichen Verfahren, wie das des R. K. Gerichts war, nicht denkbar; wird in diesem die Appellation angenommen, so muß für die Introduction ein Termin angesetzt und zu diesem der Appellat geladen werden. Nach der Praxis des R. K. Gerichts wurden daher unter den im Text gedachten Umständen die Appellationsprocesse zur Zeit abgeschlagen, und dem Appellanten überlassen, die Appellation besser als geschehen zu begründen. Vgl. Riedesel a. a. O. (Note 11) S. 267 a. E.

106) Vgl. §. 51 Note 12. Danach bestimmen sich die gegen ein solches Decret zulässigen Rechtsmittel.

107) Vgl. Almendingen a. a. O. (Note 104) S. 234 fg., Linde II. §. 171, Heffter: System §. 455 Note 135.

warten steht, die Appellation also weder auf nova gegründet ist, noch auch, wie die Sachen liegen, durch nova widerlegt werden kann, oder andererseits sich die Nothwendigkeit einer reformatio in pejus herausstellt.[108] Allein wenngleich principiell ein solches Verfahren so wenig unzulässig ist, wie das Verfahren mit unclausulirten Mandaten,[109] so kann es doch leicht zu processualischen Verlegenheiten führen, und ist deshalb und weil es überwiegende Vortheile nicht für sich hat, besser zu vermeiden.[110]

Mit dem Appellationsurtheil aber ist die Cognition des Oberrichters nicht immer zu Ende; mitunter wirkt der Devolutiveffect über dasselbe hinaus. Eben so wird die Remission der Sache an den Unterrichter durch eine zweite Appellation verzögert. Hiervon und von den Kosten des Appellationsverfahrens muß daher noch besonders gehandelt werden.

4. Die Beendigung des Devolutiveffects.*

§. 57.

Das vom Oberrichter erlassene Urtheil kann in der gewöhnlichen Art durch neue Rechtsmittel angefochten werden. Devolutive Rechtsmittel insbesondere machen der bisherigen Cognition des Oberrichters ein Ende, und übertragen dieselbe an den höheren Richter, welcher ganz eben so wie jener zu erkennen hat, ob das angefochtene, d. i. das Appellationsurtheil zu bestätigen oder abzuändern sei.

Ist aber das auf die Beschwerden ergangene Urtheil des Ober- (oder obersten) Richters rechtskräftig geworden, so wird die Sache von diesem bald fortgesetzt, bald an den ersten Richter zurückgegeben. Die darauf bezüglichen Grundsätze der verschiedenen Rechtssysteme sind folgende.

Nach R. R. sollte der Oberrichter die einmal an ihn devolvirte Sache unter allen Umständen bei sich behalten, selbst wenn in der Appellationsinstanz nova vorgebracht waren;[1] er sollte also, da nur gegen Endurtheile appellirt werden konnte, jedes Mal an

---

108) Vgl. Gönner III. 69 §. 18—21, Linde II. §. 172.
109) An welche Grolmann: Theorie §. 136 bei diesem Verfahren erinnert.
110) Diese Bemerkung macht auch Heffter: System §. 455 Note 136.
*) Linde: Handbuch II. §. 208—216.
1) L. 6 pr. C. de app. (7, 62).

die Stelle des angefochtenen Endurtheils ein neues setzen, und nicht etwa die gegen das Endurtheil gerichtete Appellation durch einen Vorbescheid erledigen. Denn dem R. R. waren die Abstufungen des heutigen Verfahrens und bindende Vorbescheide fremd; es wollte das Streitverhältniß mit einem Mal und definitiv gelöst wissen. Daraus folgt aber nicht ohne Weiteres, daß der Oberrichter auch für das Executionsverfahren competent war; er konnte allerdings das von ihm gegebene Urtheil „jure suae potestatis" exequiren,[2] die a. judicati dagegen gehörte ohne Zweifel vor den ersten, d. i. vor den ordentlichen Richter.[3]

An diesen Resultaten haben nun auch das C. R.[4] und die Reichsgesetze Nichts geändert. Die Reichsgesetze namentlich entscheiden einen über die Execution bestätigender Urtheile und die Taxation der Kosten erster Instanz am R. K. Gericht entstandenen Zweifel dahin, daß solche auf Begehren daselbst beschehen und nicht für die vorderen Richter verwiesen werden solle.[5] Daß aber

---

2) L. 32 §. 2 C. eod.: „— officiis videlicet eorum, cum quibus vir illustris Quaestor judicat, exequentibus judicata."

3) Vgl. §. 47 Note 115.

4) Daß das C. R. rücksichtlich der Appellation von Endurtheilen am R. R. Nichts geändert habe, ist nicht unbestritten. Man hat in älterer und neuerer Zeit häufig behauptet, das C. R. unterscheide, ob der Oberrichter das angefochtene Endurtheil abändere oder bestätige, und nehme die Fortdauer der Competenz nur dort, nicht hier an. Man beruft sich dafür auf c. 38, 59, 61 X. de app. (2, 28). Vgl. Cocceji: Jus controv. XLII. 1 §. 9, Linde II. §. 210, Schmid: Handbuch III. §. 236 Note 15, Bayer: Vorträge §. 324 (gegen seine in den früheren Auflagen vertretene Ansicht). Allein nur die erste dieser Stellen, das c. 38 X. cit., könnte hierher gezogen werden, denn sie allein berührt die Appellation von Endurtheilen, die beiden anderen handeln offenbar von Appellationen, welche gegen Interlocute gerichtet sind, das c. 61 X. cit. namentlich von der Appellation gegen eine der sententia excommunicationis vorausgehende commonitio. Jener ersten Stelle aber ist unter Beziehung auf Linde II. §. 169 S. 106 Note 3 bereits in §. 56 Note 11 eine andere Deutung gegeben worden. Unter diesen Umständen muß in den Worten des c. 1 in VI. de app. (2, 15): „iis, quae in appellationibus a definitivis sententiis interpositis antiquitas statuit, non mutatis," welche in ähnlicher Weise in c. 5 in VI. eod. wiederkehren („salvis iis, quae super appellationibus post sententiam interpositis sunt statuta"), nach dem Zusammenhang sogar eine ausdrückliche Bestätigung des R. R. gefunden werden.

5) In der Fassung der K. G. O. von 1496 tit. 6 §. 1, von 1500 tit. 34 §. 1 ist nicht speciell von bestätigenden Appellationsurtheilen die Rede. In der letzten Stelle heißt es: „Item, so am Königl. Cammer-Gericht in Appellations-Sachen geurtheilt, Execution der Urtheil, desgleichen Taxation der Expens in der ersten Instanz ergangen, begehrt wird: wiewohl nach Sage der Rechten solche Taxation und Execution der vorgegangenen Instanz für die fordere Richter gewiesen werden sollte; dieweil die jedoch denen Parteien viele Mühe, Kosten und Rechtfertigung darauf gehen machen würden, darum ist geordnet, daß solche Execution und Taxation expensarum der vorderen Instanz fürter am Cammer-Gericht geschehen solle." An welche „Sage der Rechten" in dieser

ein Gleiches in Betreff der abändernden Urtheile gelte, war gewiß unbestritten, und der in appellatorio gewinnende Theil ist demnach mit der Bitte um Execution des ergangenen Urtheils und Taxation der Untergerichtskosten allgemein an den Appellationsrichter gewiesen. Jedoch ist dadurch wiederum an der Competenz des Unterrichters in Betreff der a. judicati Nichts geändert.[6]

Das C. R. gestattete aber auch die Appellation von Interlocuten und damit trat ihm die Frage entgegen, wie in Beziehung auf sie das Princip des R. R. anzuwenden und etwa zu modificiren sei. Die Appellation von einem Interlocut, konnte man sagen, sei eine Anticipation derjenigen Appellation, welche das R. R. erst gegen das aus dem beschwerenden Interlocut hervorgangene Endurtheil würde zugelassen haben. Wäre nun von diesem appellirt worden, so hätte der Oberrichter auf das Interlocut zurückgehen, und falls er dessen Ungerechtigkeit erkannt, von da ab ein neues Verfahren einleiten müssen. Es war daher vollkommen consequent, daß das C. R. den Oberrichter anwies, auf Grund der Abänderung im Hauptverfahren fortzuschreiten, dagegen im Falle der Bestätigung abzuwarten, ob gegen ein späteres Interlocut oder das Endurtheil werde appellirt werden, zunächst also die Sache an die untere Instanz zu remittiren.[7] Nur dann soll er der Bestätigung ungeachtet zur Remission nicht verpflichtet sein, wenn der Unterrichter die Appellation zugelassen und durch die Ertheilung von literae dimissoriae gleichsam auf seine Jurisdiction verzichtet hat.[8]

Stelle gedacht sei, ist dunkel; wohl schwerlich an l. 3, 6 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51), wie Ludolff: Corp. jur. cam. in marg. h. l. meint, eher an die Bestimmungen des C. R., welche noch neuerdings dahin mißverstanden worden sind, daß der Oberrichter im Falle der Bestätigung für die Execution nicht competent sei (Note 4). Jedenfalls deuten die späteren Reichsgesetze jene älteren auf bestätigende Endurtheile — K. G. O. von 1555 III. 50 §. 5, Conc. von 1613 III. 59 §. 5 —. Uebrigens war die Anordnung der Reichsgesetze mit der damals herrschenden, auf die italienische Doctrin gestützten Meinung im Einklang. Vgl. Wurmbser: Pract. obs. XXIII. 3, Mynsinger: Obs. V. 94, Gaill: Obs. I. 113 nr. 13, 14, bei denen allen sich Verweisungen auf die Italiener finden.

6) In dieser Beziehung bleibt es mithin bei der Regel, welche in §. 38 Note 30 und §. 47 Note 115 nachgewiesen worden ist.

7) C. 59, 61 in f. X de app. (2, 28). Vgl. auch c. 58 X. eod., c. 1 in VI. eod. (2, 15). Das C. R. scheint aber auch noch auf anderem Wege zu diesem Resultat gelangt zu sein. Von Interlocuten sollte nur „ex rationabili causa" appellirt werden. Diese mußte der Appellant bei der Interposition anführen, und in oberer Instanz beweisen. Mißlang ihm der Beweis, so konnte man sagen, die Sache sei gar nicht an den Oberrichter devolvirt, und müsse daher an die vorige Instanz remittirt werden.

8) C. 5 in VI. de app. (2, 15).

So steht es nach gemeinem Rechte. In Deutschland ist man jedoch seit geraumer Zeit bemüht gewesen, den Oberrichter mehr und mehr auf die Beurtheilung der Beschwerden zu beschränken. Darauf deutet schon das Verfahren hin, welches bei Appellationen von einfachen Interlocuten beobachtet zu werden pflegt. Die Ordination, welche die Beschwerde für begründet erklärt, ändert die angefochtene Verfügung nicht selbst ab, sondern gibt dem Unterrichter auf, sie abzuändern, und folgeweise die Verhandlungen von sich aus fortzuführen. Die Remission wird also auf einem durch die Widerruflichkeit der einfachen Interlocute dargebotenen Umweg effectuirt. Aber auch direct ist man von den Vorschriften des gemeinen Rechts abgewichen. Veranlaßt durch die größere Kostspieligkeit des obergerichtlichen Verfahrens, hat man bereits im 17. Jahrhundert die Behauptung aufgestellt, der Oberrichter dürfe auch in den seiner Competenz vorbehaltenen Fällen, wenn es ihm angemessen erscheine, unbedenklich remittiren, da er ohne Zweifel befugt sei, die an ihn devolvirte Sache dem Unterrichter durch Delegation zu übertragen,[9] und in vielen Ländern hat diese Ansicht bei den Gerichten Eingang gefunden.[10] Noch weiter sind neuere Juristen gegangen. Sie erklären die Remission für allgemein nothwendig, damit den Parteien das Recht auf drei Instanzen nicht verkürzt werde.[11] Ein solches Recht besteht nun freilich nicht.[12] Particularrechtlich aber ist die daraus abgeleitete

---

9) So besonders Carpzov: Proc. jur. XVIII. 6 nr. 57, welcher das obige Verfahren als das der sächsischen Obergerichte bezeichnet, während Schilter: Exercit. ad Pand. lib. 46 §. 20 sich noch enger an das gemeine Recht anschließt, und (im Fall der Reformation eines Endurtheils) zwar keine remissoriales, aber doch executoriales an den Unterrichter ergehen lassen will. Ferner vgl. Martini: Comm. for X. 3 nr. 9, Schwendendörffer: Proc. Fibig., tit. de appell. (448), Berger: Electa disc. for. XXXV. 8. not. 2 unter III., Pufendorf: Introd. in proc. civ. IV. 1 sect. 6 §. 4, Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 27 §. 48, Kreittmayr: Anm. über den Cod. jur. Bavar. jud. XV. 11 d., Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 1060, 1061, Mehlen: Ueber die Appellation §. 125 Note c, f, §. 126 Note b. Differenzen finden zwar auch unter diesen Schriftstellern Statt, indem die Einen einen Antrag des Appellanten, die Anderen die Zustimmung beider Parteien fordern, und wieder Andere Alles vom Ermessen des Oberrichters abhängig machen. Als durch die Praxis festgestellt darf man aber gewiß die Befugniß des Oberrichters ansehen, auch in solchen Fällen zu remittiren, in denen das gemeine Recht diese Befugniß nicht anerkennt, und dies vorausgesetzt, wird in denselben das richterliche Ermessen allein über die Remission entscheiden können. Vgl. auch Heffter: System §. 469 Note 16.

10) S. die Nachweisungen bei Linde II. §. 216.

11) So Gönner: Handbuch III. 60 §. 35, Grolmann: Theorie §. 212a.

12) S. §. 54 Note 26.

Regel an manchen Orten nichts desto weniger anerkannt worden,[13] wie sie denn factisch auch da befolgt wird, wo sie keine gesetzliche Geltung hat, die Remission vielmehr nur zugelassen ist.

Niemals aber und namentlich nicht in dem Falle, wo die Relevanz der Appellationsbeschwerde noch keinen bestimmten Anhalt für das zu substituirende neue Urtheil gibt, darf der Oberrichter bei der Aufhebung des angefochtenen Urtheils stehen bleiben, und die Sache zur weiteren Entscheidung an den Unterrichter remittiren.[14] Vielmehr muß er die leer gewordene Stelle überall von sich aus durch ein neues Urtheil ausfüllen. Wenn daher nach verhandelten vier Sätzen die Klage wie angebracht abgewiesen, und hiergegen mit Grund appellirt worden ist, so kommt es darauf an, ob die Abweisung von der Entscheidung einer die Klagbitte nicht unmittelbar berührenden Vorfrage, z. B. der Proceßlegitimation, der Competenz u. s. w., oder ob sie von der Prüfung der Klagbitte und ihrer Begründung selbst ausgeht. Dort darf sich auch der Oberrichter auf die Entscheidung der Vorfrage beschränken, hier hat er in der Sache ganz eben so zu erkennen, wie es der Unterrichter hätte thun sollen. Nicht minder muß er die zur Begründung oder Anfechtung der Appellation etwa vorgetragenen nova seinerseits in dem Appellationsurtheil berücksichtigen, ist also nicht befugt, die erste Beurtheilung derselben dem Unterrichter zuzuweisen. Und ein gleiches ist anzunehmen, wenn sich die Beschwerde gegen ein dem angefochtenen Urtheil vorausgegangenes, nicht appellabeles Interlocut, z. B. die Verweigerung einer Fristerstreckung richtet, und in Folge ihrer Relevanz weitere Verhandlungen nothwendig werden.[15]

Von selbst kehrt übrigens die Sache niemals an den Unterrichter zurück; ist sie einmal an die obere Instanz devolvirt, so muß sie mit den Acten stets durch eine besondere Verfügung remittirt werden, während keine Remission nöthig ist, wenn der Ober-

13) Die Nachweisungen s. bei Linde II. §. 216.

14) Zu weit gehen in dieser Beziehung, um den Parteien die drei Instanzen nicht zu verkürzen, nicht nur manche Gerichte, sondern auch einige der neueren Particulargesetze. Vgl. z. B. die Entscheidungen des O. A. G. zu Wolfenbüttel bei Waldeck: Controversen-Entscheidungen des O. A. G. zu Wolfenbüttel S. 317, 319, so wie die bei Linde II. S. 336 fg. angeführten Proceßgesetze für Nassau, Frankfurt und das gemeinschaftliche O. A. G. der freien Städte Deutschlands.

15) Gute Bemerkungen über diese Frage machen Waldeck a. a. O. (Note 14) S. 307 fg. und Cucumus im Arch. für civ. Pr. XXVI. 8, XXVII. 2.

richter die Appellation aus irgend einem Grunde (ex defectu formalium vel materialium) von vornherein verwirft.[16]

In einigem Zusammenhang mit der Remission steht auch die Verfügung über die Kosten der Appellationsinstanz. Im Allgemeinen gelten in Beziehung auf diese Kosten dieselben Regeln, welche in erster Instanz in Anwendung kommen; die Kosten der Appellation hat die in der Appellationsinstanz unterliegende Partei zu tragen.[17] Nach gemeinem Recht aber hängt der Gewinn des Appellationsprocesses regelmäßig (nicht immer) von dem endlichen Sieg in der Hauptsache ab, und deshalb fallen derjenigen Partei, welcher die Entscheidung der Hauptsache ungünstig ist, die Kosten beider Instanzen zur Last. Dies versteht sich bei der gegen ein Endurtheil gerichteten Appellation von selbst, gilt aber in gleicher Weise auch da, wo von einem Interlocut appellirt worden ist und die Beschwerde begründet gefunden wird. Denn alsdann behält der Oberrichter die Sache bei sich, und verurtheilt durch das Endurtheil die in der Hauptsache unterliegende Partei sowohl in die Kosten der vorigen, als in die der Appellationsinstanz. Nur die Bestätigung eines angefochtenen Interlocuts hat ein anderes Resultat. Sie läßt das Appellationsverfahren als ein erfolgloses Zwischenverfahren erscheinen und führt darum die so-

---

16) In den Gesetzen wird der Ausdruck „Remission" auch wohl da angewandt, wo die Appellation an den Oberrichter gar nicht devolvirt, oder wo sie desert geworden ist. Er bezeichnet dann aber nicht denjenigen Act des Oberrichters, durch welchen der Devolutiveffect beendigt wird. Vgl. z. B. c. 38 X. de app. (2, 28), wo das „appellationem non admittere" und das „ipsum (sc. appellantem) remittere" gleichbedeutend sind, ferner c. 5 in VI. eod. (2, 15), K. G. O. von 1555 II. 30 §. 5, Conc. von 1613 II. 33 §. 7, J. R. A. §. 119.

17) Eine allgemeine Anerkennung dieser Regel findet sich in den Quellen nicht, wohl aber einige specielle auf derselben beruhende Anwendungen. So die Verurtheilung des unterliegenden Appellanten in c. 59 X. de app. (2, 28), K. G. O. von 1508 tit. 3 §. 15, von 1555 II. 28 §. 3, III. 32 §. 5, Conc. von 1613 II. 31 §. 2, III. 38 §. 14, des die Appellation nicht verfolgenden Appellanten in c. 44, 64 X. de app. (2, 28), K. G. O. von 1508 tit. 3 §. 20, des unterliegenden Appellaten in K. G. O. von 1508 tit. 3 §. 3, des ungehorsamen Appellaten in c. 1 in VI. de app. (2, 15), K. G. O. von 1508 tit. 3 §. 20. — Ohne Grund ist die Ansicht mancher Juristen, daß die Kosten der Appellationsinstanz compensirt werden müßten, wenn der in dieser Instanz verlierende Theil schon ein günstiges Urtheil für sich habe. Vgl. darüber Weber: Ueber die Proceßkosten §. 11. Dagegen möchte es consequent sein, da, wo der Sieg in der Appellationsinstanz durch nova bewirkt worden ist, dieselbe Regel anzuwenden, welche die Praxis nach §. 53 Note 127 bei der processualischen Restitution befolgt. Weber a. a.O. ist in diesem Falle geneigt, wenigstens die Compensation der Kosten eintreten zu lassen, sofern dem verlierenden Theil eine schuldlose Unwissenheit zu Statten komme.

fortige Verurtheilung des Appellanten in die durch dasselbe verursachten Kosten herbei.

Hier nun und hier allein wird die Sache zugleich an den Unterrichter remittirt, und man kann daher folgende Regel aufstellen. Wird die Sache nicht remittirt, so findet der Kostenpunct seine Erledigung erst in dem oberrichterlichen Endurtheil; wird sie remittirt, so muß über die Appellationskosten sofort und vor der Remission erkannt werden. Natürlich hat der zweite Theil dieser Regel heut zu Tage, nachdem die Remission so außerordentlich ausgedehnt worden ist, eine ungleich größere Bedeutung als früher. Da jetzt jedes über die Beschwerden erkennende Urtheil die Remission nach sich zu ziehen pflegt, so geht jedes auch gleich auf den Kostenpunct ein, mag es confirmiren oder reformiren, und in der Hauptsache endlich oder interlocutorisch erkennen. Besondere Rücksichten aber kommen bei den Appellationen von einfachen Interlocuten in Betracht Wo eine solche vorliegt, ist der Appellat in der vorigen Instanz nicht gehört worden; wird er nun auch in der oberen nicht gehört, was das der Lage der Sache Entsprechende ist, so kann er unmöglich in Folge einer Abänderung die Kosten der Appellation zu tragen haben. Eben so wenig aber brauchte der Appellant noch besonders zur Tragung der von ihm aufgewandten Kosten schuldig gesprochen zu werden, wenn es nicht beim Fortgang des untergerichtlichen Verfahrens schließlich den Anschein haben könnte, als ob die Verurtheilung des Gegners in die Kosten der Hauptsache sich auf die in unterer Instanz durch die Appellation verursachten Kosten mitbeziehe. Derselbe Gesichtspunct ist im Falle der Verwerfung der Appellation (durch decretum rejectorium) entscheidend, obschon es hier auch vorkommen kann, daß der Oberrichter den Appellaten bereits gehört, dieser also Kosten gehabt hat.[18]

Die Extrajudicialappellation.*

§. 58.

Bisher ist die Appellation in der Richtung gegen Verfügungen betrachtet worden, welche in streitigen Rechtssachen

---

18) C. 26, 44, 70 §. 2 X. de app. (2, 28) c. 1, 5 in VI. eod. (2, 15), J. R. A. §. 119.

*) Lyncker: Hypomnema de gravamine extrajudiciali et quatenus

ergangen sind. Das R. R. wandte nun aber die Appellation auch auf die Verwerfung der gegen die Uebernahme oder Fortführung einer Vormundschaft vorgebrachten Excusationen,[1] ja sogar auf die Auferlegung städtischer Aemter und Lasten an,[2] obschon diese von den Decurionensenaten, also nicht einmal von richterlichen Behörden auszugehen pflegte,[3] und mithin erst durch die Appellation der richterlichen Prüfung unterworfen wurde.[4] Noch weiter schritt das C. R. auf diesem Wege vor. Es gestattete „extra judicium",[5] d. h. ohne Beziehung auf einen eigentlichen Rechtsstreit, sowohl von vollzogenen,[6] als des Suspensiveffects wegen auch von bevorstehenden Handlungen[7] („ut ab electionibus, postulationibus, provisionibus et quibuslibet extrajudicialibus actibus [in quibus potest appellatio interponi]")[8]

---

ab eo provocari liceat, Giss. 1672, Jen. 1697, 1737. Fenner: Diss. de appellatione extrajudiciali an impediat attentata, Marb. 1742. Barthel: Diss. de appellationibus extrajudicialibus, Francof. et Lips. 1756 (in Opusc. I. 9). Ulmenstein: Opera quaedam juridica, Hannov. 1781, nr. 3. Gönner: Handbuch III. 68. Lauk: Obs. forenses, Wirceb. 1817, obs. 2. Linde: Handbuch II. §. 219—221.

1) L. 4 pr. (n. gl.) D. de excus. (27, 1), l. 17 §. 1 D. de app. (49, 1), l. 1 §. 1 D. qu. appell. (49, 4), l. 1 §. 2 D. quae sent. sine app. (49, 8), l. 2 D. si tutor vel cur. (49, 10).

2) L. 12, 21 §. 2 D. de app. (49, 1), l. 1 §. 2—4 D. qu. appell. (49, 4), l. 1 §. 2 D. quae sent. sine app. (49, 8), l. 1 D. si tutor v. cur. (49, 10), l. 1 pr. §. 1, l. 10 §. 3 D. de vacat. et excus. mun. (50, 5), l. 4, 7, 11 C. de app. (7, 62), l. 1 C. de temp. et rep. (7, 63), l. 4 C. si pend. app. (7, 66).

3) Vgl. Fr. Roth: De re municipali Romanorum II. §. 11 not. 66, §. 12 not. 70—73, §. 19 not. 130, §. 26 not. 207, §. 27 not. 216, §. 32 not. 245.

4) Daß in den vorstehenden Fällen vom R. R. eine wahre Appellation statuirt werde, leugnen mit Unrecht J. H. Boehmer: J. E. P. II. 28 §. 2, Gönner a. a. O. II. 68 §. 2. S. dagegen Linde in der Zeitschrift für C. R. und Pr. IV. S. 243, Handbuch II. §. 221 in.

5) Dieser Ausdruck kommt in c. 5 X. de app. (2, 28), c. 1 in VI. eod. (2, 15), c. 10, 41, 44 in VI. de elect. (1, 6), der Ausdruck „appellatio extrajudicialis" nur in c. 3 Clem. de app. (2, 12) vor.

6) Beispiele finden sich in c. 7. §. 2, c. 21 X. de elect. (1, 6), c. 46, 57 X. de app. (2, 28), c. 1, 4, 10, 19, 33, 38, 41, 43 §. 3, c. 44 in VI. de elect. (1, 6), c. 3, 4 Clem. eod. (1, 3), c. 3 Clem. de app. (2, 12).

7) Die Beispiele sind sehr zahlreich. Vgl. c. 10, 16, 19, 23, 28 pr., c. 29 X. de elect. (1, 6), c. 13 X. de maj. et obed. (1, 33), c. 23, 34, 45, 51, 55 X. de app. (2, 28), c. 20 in VI. de elect. (1, 6), c. 3 Clem. de app. (2, 12).

8) C. 8. in VI. de app. (2, 15).— In den oben genannten Fällen erwähnen übrigens c. 10, 41, 44 in VI. de elect. (1, 6) neben der Extrajudicialappellation auch eine Judicialappellation („appellare in judicio"). Hierbei hat man Verhältnisse, wie sie in c. 6 X. de conc. praeb. (3, 8) und c. 28 in VI. de praeb. et dign. (3, 5) vorliegen, und überhaupt Entscheidungen zu unterstellen, welche in Betreff der fraglichen Gegenstände „per viam querelae

zu appelliren, und indem es dabei gleich dem R. R. nicht gerade richterliche Verfügungen[9] voraussetzte, betrachtete es als appellabel beschwerende Acte von richterlichen, aber über ihre jurisdictionelle Competenz hinausgehenden Behörden,[10] von nicht richterlichen Behörden,[11] und selbst von bloßen Privatpersonen.[12] Hiernach unterschieden die späteren italienischen[13] und die älteren deutschen Juristen[14] zwei Fälle der Extrajudicialappellation, den einen, in welchem dem außergerichtlich vorschreitenden Richter gegenüber („a judice extrajudicialiter procedente"), und den anderen, in welchem überhaupt keinem Richter, wenigstens nicht dem Richter als solchem, sondern einer Partei gegenüber appellirt werde. Auf den letzten Fall aber paßte vorzugsweise der Ausspruch des C. R., daß die Extrajudicialappellation ein gerichtliches Verfahren einleite, eine provocatio ad causam sei,[15] und es war deshalb ganz angemessen, daß der R. A. von 1594 §. 95 diese Auffassung ausdrücklich bestätigte. „Im Fall ex

---

simplicis" hervorgerufen — c. 4 Clem. de elect. (1, 3) —, und nach vorgängigem Gehör der Betheiligten vom competenten Richter erlassen worden sind. Vgl. gl. In judicio] ad c. 1 in VI. de appell.: „quod habet locum, quando quis citatus est, — et dic in judicio id est ab actu judiciali, in quo est judicium, id est juris partium disquisitio."

9) Eine solche ist die bischöffliche Confirmation.

10) S. z. B. c. 34, 55 X. de app. (2, 28), c. 7 X. de praeb. et dign. (3, 5).

11) Diesen Character haben die Wahlen zum bischöflichen Amt, welche die Capitel vornehmen. Vgl. gl. Gravatum] ad c. 8 in VI. de app.: „— In judicialibus autem actibus vel quasi, necesse est intra X dies appellari, et sic intelliguntur leges prius inductae; loquuntur enim in electionibus, in quibus decretum decurionum, quod est quasi judiciale, vel praesidis interponitur, ad hoc D. quando app. sit. l. 1. Sed decretum canonicorum eligentium non est judiciale vel quasi, imo omnino extrajudiciale."

12) Als die Hauptstelle dafür ist von jeher c. 51 X. de app. (2, 28) angesehen worden. Vgl auch gl. Extrajudicialibus] ad c. 8 in VI. de app.: „Sive fiant a judice, sive a privato." Aus dem R. R. zieht Bartolus ad l. 7 D. de app. recip. nr. 5, 6 die l. 5 §. 3 D. de app. (49, 1) hierher, und will (nr. 8, 9) der Minderheit der Gläubiger gegen den von der Mehrheit bewilligten Nachlaß, der Minderheit der Verwandten gegen die de maritanda puella getroffene Wahl der übrigen Verwandten [nach l. 1, 18, 20 C. de nupt. (5, 4)] zu appelliren gestatten.

13) Vgl. Phil. de Franchis ad c. 51 X. de appell. nr. 17, Rob. Maranta: Aur. prax. VI. 2 nr. 278, Sigism. Scaccia: Tr. de appellationibus, qu. 2 nr. 38.

14) Vgl. Gaill: Obs. I. 120 nr. 1, so wie auch Wurmbser: Pract. obs. XXIV. 9, Mynsinger: Obs. IV. 43.

15) C. 5 X. de app. (2, 28): „— Si vero a gravamine et ante litis ingressum fuerit appellatum, hujusmodi audietur appellans, quoniam sacri canones etiam extra judicium passim appellare permittunt; nec solent hujusmodi dici appellationes, sed provocationes ad causam."

narratis interpositae extrajudicialis appellationis in processu erscheinen würde, daß die Obrigkeit tanquam pars und als Widersacher und nicht richterlicher Weiß gehandelt, dieweil zu ermessen, daß hierin mehr simplex querela (d. h. im Sprachgebrauch des Reichsprocesses — eine gewöhnliche Klage), dann die Appellation Statt habe, sollen solche Sachen an Richtern erster Instanz gewiesen," und überhaupt auf die Extrajudicialappellation kein Proceß oder Ladung erkannt werden, wenn nicht „dasselbe gravamen zuforderst verisimiliter erwiesen, und daß der Magistrat tanquam judex procedirt hätte."[16] Dadurch war freilich nur die Competenz regulirt.[17] Die Form der Appellation blieb im bisherigen Umfang gestattet. Indeß scheint in Ermangelung von Vortheilen, die nicht eben so gut auf anderem Wege hätten erreicht werden können,[18] auch die Appellationsform ihre Anwendung auf die provocatio ad causam in der Praxis verloren zu haben.

Dagegen steht die Extrajudicialappellation da, wo der Richter extra judicium und gleichwohl richterlicher Weiß gehandelt hat, noch immer in practischer Geltung, und vornämlich[19] sind

---

16) Vgl. auch Conc. der K. G. O. von 1613 II. 31 §. 16—18, J. R. A. §. 106, R. H. R. O. von 1654 tit. 2 §. 2.

17) Klagen gegen Reichsunmittelbare gehörten vor die Austrägalinstanzen, Appellationen von den Reichsunmittelbaren als richterlichen Instanzen an das R. K. Gericht und den R. H. Rath.

18) Namentlich ließ sich die Suspension des bisherigen Verfahrens, welche den Hauptvortheil der Appellationsform bildete, auch auf directem Wege durch mandata sine clausula erreichen.

19) Noch Lyncker l. c. cap. 3 unterscheidet wie die Früheren zwischen der Appellation a parte und der Appellation a judice extrajudicialiter procedente. Allein schon bei Mevius: Decis. I. 62, II. 38, VII. 74 und J. H. Boehmer J. E. P. II. 28 §. 4 (in dem daselbst abgedruckten Urtheil) tritt unter dem Einfluß des R. A. von 1594 eine andere Fassung hervor; man unterscheidet, utrum magistratus aliquem gravaverit ut ordinarius judex extrajudicialiter, an vero eum gravaverit tanquam pars," setzt jedoch im letzteren Falle nicht gerade voraus, daß der Magistrat Jurisdiction habe. Die Neueren aber sprechen von der Extrajudicialappellation, wenn sie ihrer überhaupt Erwähnung thun, nur richterlichen Acten gegenüber. Vgl. Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 27 §. 1 Note a, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 944 (bes. a. E.), Claproth: Einleitung II. §. 372, Danz: Grundsätze §. 412, Gönner: Handbuch III. 68 (welcher nur scheinbar die Extrajudicialappellation überhaupt bestreitet), Linde: Handbuch II. § 219, Heffter: System §. 460, Schmid: Handbuch III. §. 238, Bayer: Vorträge S. 1015. Aus den Reichsgesetzen läßt sich diese Beschränkung nun zwar nicht rechtfertigen, wie Linde a. a. O. II. S. 361 und Schmid a. a. O. III. S. 498 es versuchen. Daß sie sich aber zufolge der Uebereinstimmung der Schriftsteller in der Praxis festgesetzt habe, unterliegt kaum einem Zweifel. Nur in Sachsen blieb nach

es die Acte der freiwilligen Jurisdiction,[20] welche hier in Betracht kommen.[21] So findet sie Statt gegen die Prodigalitätserklärung, gegen Verfügungen der obervormundschaftlichen Behörde, wegen verweigerter Löschung von Hypotheken, wegen Ablehnung der gerichtlichen Bestätigung von Verträgen, gegen die Ertheilung des Zuschlags im Fall einer durch das Gericht bewirkten freiwilligen Versteigerung, gegen die Verweigerung der Edictalladungen zum Zweck der Amortisation von Inhaberpapieren (wo solche particularrechtlich gestattet sind) u. s. w.[22] Mit einem Anderen als dem Richter hat es dabei der Appellant nicht zu thun, sollte gleich ein Dritter in der vorigen Instanz sich an den Verhandlungen betheiligt haben.[23] Und wenn daher nach dem R. A. von 1594 §. 94 „in extrajudicialibus appellationibus, ehe und bevor die Jurisdiction und Appellation genugsam fundirt und justificirt, vor der Kriegsbefestigung oder zum wenigsten ehe der Gegentheil darüber gehört, durchaus keine inhibitio erkannt werden" soll, so ist nach der Auffassung der damaligen Zeit unter dem zur L. C. verpflichteten Gegner der gravirende Richter selbst zu verstehen. Wesentlich sind mithin die Verhältnisse denen der Appellation von einfachen Interlocuten gleich,[24] und deshalb ist

---

Biener: Syst. proc. jud. II. §. 187 not. 3 die Extrajudicialappellation in ihrem früheren Umfang in Geltung.

20) Nicht ausschließlich. Es kommt ganz darauf an, welche Competenz die Gerichte als solche nach der Landesverfassung außerhalb der streitigen Jurisdiction haben. Dieselbe war früher meist ausgedehnter als heut zu Tage. Der R. A. von 1594 §. 94 drückt sich so aus: „— Aber nachdem die Extrajudicial-Appellationen fast häufig an Unser Kaiserl. Cammer-Gericht erwachsen, dahero etwan geklagt worden, als würden dadurch die ordentliche Austräge abgeschnitten; wiewohl es nicht ohne, da die Obrigkeit jure et vi Potestatis atque Jurisdictionis vor sich selbst oder auf eines andern Ansuchen ihren Unterthanen oder einen andern außerhalb Gerichts mit beschwerlichen Bescheiden, Gebot und Verboten oder auch Geldstraf gravirt, daß solche appellationes vermög der gemeinen Rechten angenommen werden, wie es auch billich bei solcher rechtlichen Disposition verbleibt, — —."

21) Vgl. Claproth: Einleitung II. §. 372, Danz: Grundsätze §. 412, Gönner: Handbuch III. 67 §. 16, 68 §. 5 unter D. vgl. mit §. 6, Puchta: Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit I. §. 130—134, Linde: Handbuch II. S. 365, 372 und die das. in Note 2 Citirten, Martin: Lehrbuch §. 275 Note i, Schmid: Handbuch III. S. 499.

22) S. Strippelmann: Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel IV. 2 S. 295 und Seuffert: Archiv II. 241.

23) R. A. von 1594 §. 94: „— da die Obrigkeit jure et vi Potestatis atque Jurisdictionis vor sich selbst oder auf eines andern Ansuchen ihren Unterthanen — — gravirt —." Eben so Conc. von 1613 II. 31 §. 16, R. H. R. O. von 1654 tit. 2 §. 2.

24) S. §. 56 Note 44.

nach der Vorschrift des C. R. auch die processualische Behandlung beider dieselbe.[25] Eine eigentliche Vernehmlassung des Unterrichters entspricht jedoch dessen Stellung nicht; es wird Bericht mit den Acten von ihm eingezogen, und demnächst die Sache durch Ordination erledigt.[26]

Die Revision (Supplication).*

§. 59.

Wo die äußeren Beschränkungen, denen die Appellation unterliegt, den Weg zu einem höheren und sorgfältiger besetzten Gerichte verschließen, kann auch die wiederholte Prüfung der beschwerenden Erkenntnisse an sich schon als wirksames Mittel zu einem gründlicheren Verständniß und einer richtigeren Beurtheilung der streitigen Rechtsverhältnisse betrachtet werden.[1] Deshalb haben die gemeinen Rechte zu verschiedenen Zeiten im Anschluß an die bestehende Gerichtsverfassung Rechtsmittel ausgebildet, welche die

---

25) C. 1 in VI. de app. (2, 15). Anwendungen davon auf die Interpositionsfrist finden sich in c. 8 in VI. eod., auf die Form der Interposition (schriftliche, mit Angabe von Gründen) in c. 1 in VI. cit., c. 4, 10 in VI. de elect. (1, 6) [vgl. auch c. 3 Clem. eod. (1, 3)], auf die Einführungs- und Rechtfertigungsfrist in c. 1 in VI. de app. (2, 15), c. 3 Clem. eod. (2, 12), auf den Ausschluß der nova in c. 4 in VI. de elect. (1, 6), wo jedoch das Nachbringen von nova unter eidlicher Erhärtung der früheren Unkenntniß derselben gestattet wird [vgl. auch c. 4 Clem. eod. (1, 3)]. Von den rücksichtlich der Inhibition geltenden besonderen Grundsätzen ist schon im Text die Rede gewesen. Ob die Appellationssumme erforderlich sei, ist bestritten; da aber die Extrajudicialappellation in der ihr oben gegebenen Umgrenzung eine wahre Appellation ist, so muß die Frage mit Pfeiffer: Pract. Ausführungen VI. S. 247—254 (bes. S. 253 und 254) gegen Linde I. §. 101 und andere (bei Pfeiffer a. a. O. angeführte) Schriftsteller bejaht werden.

26) Vgl. Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 944 a. E., Puchta a. a. O. (Note 21) I. §. 134, Heffter: System §. 460.

*) Tit. Cod. 1, 19 de precibus imperatori offerendis et de quibus rebus supplicare liceat vel non. 7, 42 de sententiis praefectorum praetorio. 7, 70 ne liceat in una eademque causa tertio provocare, vel post duas sententias judicum, quas definitio praefectorum roboraverit, eas retractare. — Lang: Von der Revision am R. K. Gericht, Tübingen 1780. Hurlebusch: Ueber die Frage, ob die in den Reichsgesetzen verordnete Revision auch dann Statt finde, wenn die streitige Summe groß genug ist, um an die Reichsgerichte appelliren zu können, Braunschw. 1784. Jäger: Vom Rechtsmittel der Revision und Actenversendung, Stuttg. 1788. Gönner: Handbuch III. 63. Goldschmidt: Abhandlungen, Nr. 11. Linde im Arch. für civ. Pr. XXI. 13, Handbuch II. §. 222—225. Ueber das R. R. insbesondere s. Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 177, Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. §. 161.

1) Vgl. hierüber Savigny: System VI. S. 290.

Appellation vertreten, die in Frage stehenden Rechtssachen aber nicht an ein höheres Gericht bringen.

Im R. R. kommt ein solches Rechtsmittel unter dem Namen „supplicatio" vor. Supplicationen wurden in der Kaiserzeit überhaupt Gesuche genannt, mit denen sich Privatpersonen an den Kaiser wandten.[2] Solche Gesuche konnten die verschiedensten Zwecke verfolgen und insbesondere auch auf Abänderung der mit der Appellation nicht anfechtbaren[3] Erkenntnisse des praefectus praetorio gerichtet werden, wo sie dann einen ähnlichen Zweck wie die Appellationen hatten.[4] Die Supplicationen dieser Art wurden vom Kaiser jedenfalls seit der Mitte des 4. Jahrhunderts angenommen,[5] allmählich auch den Appellationen auf mehreren Puncten gleichgestellt,[6] und namentlich drei gleichlautenden Erkenntnissen gegenüber für unstatthaft erklärt.[7] Ihrem Wesen nach aber blieben sie von den Appellationen darin unterschieden, daß sie nicht an einen höheren Richter gingen. Denn der praefectus praetorio war der höchste Richter, da er unmittelbar im Namen des Kaisers richtete,[8] und wurden daher seine Urtheile mit der Supplication angefochten, so war er es wieder, dem sie vom Kaiser zur nochmaligen Prüfung (retractatio[9]) überwiesen wurden. Der größeren Unparteilichkeit wegen sollte er jedoch den quaestor sacri palatii zuziehen,[10] wenn nicht bereits ein Wechsel des Amtes eingetreten war, in welchem Falle der neue praefectus praetorio allein erkannte. Und daß gerade dies der ursprüngliche und regelmäßig unterstellte Fall war, ist einestheils aus der allgemeinen Pflicht der abgetretenen Magistrate zur Einlassung

2) Belege finden sich bei Bethmann-Hollweg a. a. O. III. S. 338.

3) L. 1 §. 1 D. de off. praef. praet. (1, 11), l. 17 D. de minor. (4, 4), l. 1 C. de sent. praef. praet. (7, 42), l. 19 C. de app. (7, 62).

4) Nov. 82 c. 12.

5) L. 5 C. de prec. imp. off. (1, 19), die älteste Constitution, welche dieser Supplicationen Erwähnung thut, ist von Valentinian und Valens aus dem J. 365. Sie behandelt dieselben bereits als vollkommen statthaft.

6) Vgl. außer den im Folgenden vorkommenden Beispielen nov. 115 c. 1.

7) L. 1 C. ne liceat in una eademque causa (7, 70).

8) L. 1 §. 1 D. de off. praef. praet. (1, 11): „— credidit enim princeps, eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide et gravitate, ad hujus officii magnitudinem adhiberentur, non aliter judicaturos esse pro sapientia ac luce dignitatis suae, quam ipse foret judicaturus."

9) L. 21 C. de fide instr. (4, 21), l. 5 §. 5 C. de temp. et repar. (7, 63), l. 1 C. ne liceat in una ead. causa (7, 70), nov. 82 c. 12, nov. 115 c. 1.

10) L. 35 (rest.) C. de app. (7, 62).

auf die gegen ihre Amtsführung erhobenen Beschwerden,[11] anderntheils daraus zu schließen, daß die für die Supplication gesteckte Frist erst mit dem Wechsel des Amts zu laufen begann.[12] Nicht länger als zwei Jahre von diesem Zeitpunct an durfte man sich dieses Rechtsmittels bedienen. Hierin wich die Supplication zugleich am weitesten von der Appellation ab. Zwar mußte auch sie, um die Execution zu hindern, binnen 10 Tagen interponirt werden; allein diesem Effect konnte die siegreiche Partei durch Leistung einer cautio de restituendo entgehen,[13] und die Zulassung der Supplication hing von der Wahrung des decendii nicht ab. Dagegen war die Durchführung des Supplicationsverfahrens der für die Appellation geltenden ein- bez. zweijährigen Frist unterworfen,[14] während es wieder ohne Analogie war, daß im Falle der Bestätigung eine zweite Supplication nicht gestattet wurde.[15]

Dieses mit der römischen Gerichtsverfassung so eng zusammenhängende Rechtsmittel paßte nun eigentlich auf die neuen Verhältnisse nicht, in welche das R. R. nach seiner Wiederbelebung in Italien und in Deutschland eintrat. Wie aber dessen ungeachtet bei den italienischen Juristen von einer supplicatio a sententia praefecti praetorio, imperatoris, papae die Rede war,[16] so wurde in

---

11) L. 1 C. ut omnes judices tam civiles quam militares post administrationem depositam quinquaginta dies in civitatibus certis locis permaneant (1, 49), nov. 8 c. 9. Nach diesen Stellen, in welchen Gaill: Obs. I. 155 nr. 2 eine Art von Revision findet, sollen die abgetretenen Magistrate noch 50 Tage an dem Ort ihrer Amtsverwaltung bleiben, um wegen ihrer Vergehen Rede und Antwort zu geben, „qui modus revisionis laudatissimus est,“ wie Gaill sagt. Auf Symmachi epist. X. 43, wonach der praefectus urbi in Gemeinschaft mit dem vicarius urbis die Verwaltung seines Vorgängers prüfen und Beschwerden gegen ihn annehmen soll, weist Bethmann-Hollweg III. §. 161 Note 11 hin.

12) L. 1 C. de sent. praef. praet. (7, 42): „— intra biennium — — post successionem scilicet judicis numerandum.“

13) Nov. 119 c. 5.

14) L. 5 §. 5 C. de temp. et repar. (7, 63).

15) L. 5 C. de prec. imp. off. (1, 19).

16) Vgl. Tancredus: Ordo judic. IV. 3 §. 1, Innocentius ad c. 4 X. de in int. rest. nr. 3, Durantis: Spec. jud. II. 3 de supplicatione §. 1, Joa. Andreae in add. §. 1] ad h. tit. §. 3, Maranta: Aur. prax. VI. 2 nr. 12 sequ. — Die Stellen des C. R., in welchen Durantis l. c. die Supplication begründet findet, berühren dieselbe nicht. Das c. 4 X. de in int. rest. (1, 41), in welcher allerdings der Ausdruck „supplicare“ (für die Bitte um Restitution) vorkommt, handelt von der restitutio in integrum, das c. 8 X. de sent. et re jud. (2, 27) von der Annullation eines contra jus in thesi clarum gesprochenen Urtheils. Vgl. auch Goldschmidt a. a. O. §. 3.

Deutschland die Supplication auf die Reichsgerichte als die unmittelbaren Organe der kaiserlichen Jurisdiction angewandt,[17] und wie es die Umstände erforderten, durch die Reichsgesetzgebung modificirt, beschränkt und weiter ausgebildet.

Gegen Urtheile des R. K. Gerichts[18] soll dieses Rechtsmittel, welches in der vorliegenden Richtung nicht Supplication,[19] sondern Revision (revisio actorum) genannt ist, unter Aufstellung der Beschwerdepuncte, wenn man deren produciren will, jedoch mit Ausschluß aller nova[20] in den nächsten 4 Monaten („von der Zeit an der ausgesprochenen Urtheil")[21] bei des Reichs Erzcanzler, dem Kurfürsten zu Mainz, an des Kaisers Statt eingebracht, und vom Kurfürsten zu Mainz der für die jährlichen Visitationen des R. K. Gerichts verordneten Commission zur Instruction und Aburtheilung überwiesen werden. Anfänglich war zugleich eine Notification an das R. K. Gericht vorgeschrieben und daran der Suspensiveffect geknüpft;[22] dieser tritt aber, sofern von

17) Eine Berufung auf die kaiserlichen Rechte enthält der R. A. von 1532 tit. 3 §. 17: „Und damit unser Camerrichter und Beysitzer desto fleißiger seyen, so die Acten folgends nach gesprochener Urtheil auch besichtiget, und Niemanden an Unserm Cammergericht Unrecht geschehe, zudem daß solches Unsern Kaiserlichen Rechten nicht entgegen, so wider Endurtheil zu suppliciren zulassen, — —." In den folgenden Anordnungen ist indeß nur von der Syndicatsklage die Rede.

18) Die einschlagenden Gesetze sind die K. G. O. von 1555 III. 53, R. A. von 1594 §. 100 a. E., Conc. der K. G. O. von 1613 III. 63, J. R. A. §. 124—133, Wahlcap. XVII. 2.

19) Die K. G. O. von 1555 III. 51 und das Conc. von 1613 III. 61 verbieten ausdrücklich, von den Urtheilen des R. K. Gerichts zu suppliciren, fügen aber sogleich hinzu: „Ob aber einige Partei sich durch die Urtheil des kaiserl. Cammergerichts beschwert zu sein vermeint, dem soll wider Cammerrichtern und Beysitzern den Weg der gemeinen Recht und hernach gesetzter Ordnung von der Revision und Syndicat fürzunehmen zugelassen und vorbehalten sein." Unklar ist hieran der zwischen Supplication und Revision angenommene Unterschied, so wie die Berufung auf die gemeinen Rechte, welche, wenn ein solcher Unterschied besteht, für die Supplication zu sprechen scheinen. Die gemeinen Rechte könnten jedoch bloß auf das Syndicat bezogen, und die Supplicationen mit Rücksicht auf eine bisher übliche Anwendung (worauf der R. A. von 1524 §. 23 hindeutet) verboten sein. — Mit den hier besprochenen Supplicationen sind übrigens die supplicationes pro processibus impetrandis nicht zu verwechseln.

20) K. G. O. von 1555 III. 53 §. 3, Conc. von 1613 III. 63 §. 10, J. R. A. §. 125.

21) J. R. A. §. 125. Nach der K. G. O. von 1555 III. 53 §. 1 war die Frist zu 2 Monaten, dann nach dem Dep. A. von 1557 §. 23 zu 3 Monaten vor prima Maji bestimmt. Vgl. auch das Conc. von 1613 III. 63 §. 2.

22) So wurde K. G. O. von 1555 III. 63, welche sich nicht direct ausgesprochen hatte, unter dem Hinzufügen einiger Ausnahmen auf Grund des ausführlichen Dub. cam. von 1595 dub. 122 durch den Dep. A. von 1600 §. 144 ausgelegt. Vgl. auch Conc. von 1613 III. 63 §. 5, 6.

der die Execution betreibenden Partei eine cautio de restituendo geleistet wird, nach einer späteren Vorschrift nicht mehr ein.[23] Die Visitationscommision nun darf auf die Sache nur dann eingehen, wenn die Beschwerden an sich zur Appellation geeignet sein würden,[24] und außerdem einen Werth von 2000 Reichsthalern Capitals ohne Einrechnung von Zins und Interesse (summa revisibilis) haben,[25] auch der Supplicant nebst seinem Advocaten das juramentum revisorium leistet,[26] und die Sporteln als einen für den Fall des Unterliegens oder des Verzichts auf das Rechtsmittel verloren gehenden Einsatz nach vorgängiger Taxation alsbald wirklich hinterlegt.[27] Sind diese Formalien gewahrt, so ist dem Widertheil zu seiner Vertheidigung auch eine Schrift zu gestatten,[28] worauf die Visitatoren in Gemeinschaft mit den an der Abfassung des angefochtenen Urtheils betheiligten Mitgliedern des R. K. Gerichts die Acten mit allem Fleiß revidiren und erwägen, und nachdem sie sich von letzteren die Urtheilsgründe haben anzeigen lassen, im Namen von Kaiser und Reich[29] das neue Urtheil allein sprechen sollen.[30]

Ebenso kann nun auch gegen die vom R. H. Rath gefällten Urtheile an den Kaiser supplicirt werden, „damit die gerichtliche Acta nochmals mit Zuziehung anderer, die der Sachen genugsam gewachsen und — — bei Fällung des ersten Urtheils nicht gewesen, oder doch des Re- und Correferenten Stell nicht vertreten, revidirt werden mögen."[31] Diese bei dem R. H. Rath selbst einzuführende supplicatio ad Caesaream Majestatem ist der kammergerichtlichen Revision nachgebildet,[32] und

23) J. R. A. §. 124, Wahlcapit. XVII. §. 2.

24) J. R. A. §. 125 („In Fällen da die appellationes vermög gemeiner Rechten nicht zuläſſig, sollen auch die revisiones nicht statt finden"), §. 127 a. E.

25) J. R. A. §. 127. Vordem gab es keine summa revisibilis.

26) Dep. A. von 1600 §. 145, Conc. von 1613 I. 87 §. 2, 3, III. 63 §. 4, J. R. A. §. 125.

27) K. G. O. von 1555 III. 53 §. 2, Conc. von 1613 III. 63 §. 7, J. R. A. §. 126.

28) K. G. O. von 1555 III. 53 §. 3, Conc. von 1613 III. 63 §. 10.

29) Dies ist die ohne Zweifel richtige Ansicht von Gaill: Obs. I. 155 nr. 6: „— Revisores Caesaris et Statuum personas, quos ordo revidendi contingit, et quorum nomine ablegantur, repraesentant, vicariamque operam navant."

30) K. G. O. von 1555 III. 53 §. 3, Conc. von 1613 III. 63 §. 11.

31) I. P. O. V. 54, R. H. R. O. von 1654 tit. 5 §. 7, Wahlcap. XVI. 16, XVII. 2.

32) Sie ist „loco revisionis in Camera," wie es im I. P. O. V. 54 heißt. Vgl. auch R. H. R. O. von 1654 tit. 5 §. 7.

ganz nach deren Muster processualisch gehandhabt worden.[33]

Beide Institute haben jedoch seit der Auflösung des Reichs und der Reichsgerichtsverfassung ihre practische Bedeutung verloren, und nur hier und da vermöge ihres Einflusses auf particularrechtliche Bildungen[34] eine Erinnerung zurückgelassen. Kein wesentlich anderes Schicksal aber hat auch ein drittes von den Reichsgesetzen eingeführtes Rechtsmittel gehabt, welches gleichfalls nicht devolutiv, aber entschieden suspensiv und darum der Appellation ähnlicher war, als die eben betrachteten.

Nachdem sich nämlich Kaiser und Reich genöthigt gesehen hatten, die Appellation an die höchsten Reichsgerichte durch die allmähliche Erhöhung der Appellationssumme[35] mehr und mehr zu beschränken, fühlten sie das Bedürfniß, den Unterthanen ein Surrogat der Appellation in einem nicht devolutiven, minder kostspieligen Rechtsmittel anzubieten.[36] In diesem Sinne verordneten der Dep. A. von 1600 §. 16[37] und der J. R. A. §. 113, daß auf den Fall die Summa nicht appellabel und den effectum devolutivum an das Cammergericht nicht gehabt haben könnte, alsdann den Unterthanen frei stehen solle, ihre Beschwerden per viam supplicationis in gebührender Zeit Rechtens an ihre ordentlichen Obrigkeiten zu bringen, damit diese entweder selbst, d. i. „durch gewisse unparteiische Rechtsgelehrte" (ihre Räthe),[37a] oder auf einge-

33) Dies ergibt sich auf's Klarste aus den Darstellungen des Verfahrens des R. H. Raths, z. B. bei Hanzely: Anleitung zur neuesten R. H. R. Praxis II. §. 1275 fg.

34) So wurden die auf Grund von privilegia de non appellando hergestellten Instanzen (§. 33 S. 387) vielfältig nicht als Appellations-, sondern als Revisionsinstanzen behandelt, wovon Spuren in der Organisation der heutigen Landesgerichte zurückgeblieben sind.

35) S. §. 54 Note 50.

36) Auch hierin war die Doctrin vorausgegangen. Sowohl die italienischen als die deutschen Juristen hatten bereits angenommen, daß auch von den unteren Gerichten supplicirt werden könne, wenn die Appellation durch das denselben ertheilte Commissorium (remota appellatione) oder durch Statut ausgeschlossen sei. Vgl. gl. Supplicavit] ad c. 4 X. de in int. rest., Baldus ad l. 5 §. 6 C. de temp. et repar. nr. 4 in f. („Et si statutum [sc. per quod appellatio removetur] valeret, non tamen esset praeclusa via alterius recursus sive supplicationis"), Alex. Tartagnus: Cons. IV. 88 nr. 2, Decius: Cons. 533 nr. 2, Maranta: Aur. prax. VI. 2 nr. 13, — Mynsinger: Obs. IV. 68 nr. 8, VI. 15 nr. 1, Gaill: Obs. I. 135 nr. 13.

37) Vgl. auch Conc. von 1613 II. 31 §. 10.

37a) Diese Erläuterung des Dep. A. §. 16 ist dem J. R. A. §. 113 zu entnehmen. Denn daß mit den in dem jüngeren Reichsgesetz erwähnten „gewissen unparteiischen Rechtsgelehrten" die landesherrlichen Räthe gemeint sind (s. oben den §. 33 zu Note 267), nicht die im Dep. A. §. 16 a. E. genannten „zwei

fordertes Erachten einer Universität oder eines anderen collegium juridicum über die aufgestellten Beschwerden per modum revisionis ex iisdem actis (es hätten denn die Parteien etwas Neues vorzutragen, in deme ihnen noch zween Sätze weiter zu gestatten wären) entschieden. Vielerorts gestaltete sich die Sache dann so, daß die Revision immer zur Actenversendung führen sollte, und daß sie, wo dies der Fall war, bei dem beschwerenden Gerichte selbst eingeführt wurde, welches als landesherrliches Obergericht und Vertreter des Landesherrn in Ausübung der demselben persönlich zustehenden Gerichtsbarkeit geeignet erschien, ihn auch in der Versendung der Acten zu vertreten.[38] Unter der gebührenden Zeit Rechtens aber war die zehntägige Interpositionsfrist verstanden,[39] und wie sich dieses Rechtsmittel hierin als eine Nachbildung der Appellation darstellte, so wurde es, abgesehen von den durch den Mangel des Devolutiveffects gebotenen Abweichungen, überhaupt nach den Regeln der Appellation beurtheilt. Namentlich rücksichtlich der Interposition und des Suspensiveffects, der Unterscheidung zwischen anfechtbaren und nicht anfechtbaren Verfügungen, der Bedingungen für die Zulassung der nova, des Gehörs des Gegners, der reformatio in pejus u. s. w.[40]

Obgleich nun auch diese Art der Revision mit der Reichsgerichtsverfassung zusammenhing, so war der Zusammenhang doch kein so enger, daß sie seit der Auflösung des Reiches nicht mehr denkbar gewesen wäre, da eine Appellationssumme auch für die in den einzelnen Territorien an die Stelle der Reichsgerichte gesetzten Oberappellationsgerichte angeordnet zu werden pflegte, und ähnliche Einrichtungen hin und wieder schon vordem in Folge der privilegia de non appellando bestanden.[41] Gleichwohl hat sie heut

---

oder drei Rechtsgelehrten", an welche die Acten versandt werden sollten, und daß an die Stelle dieser im J. R. A. §. 113 das „collegium juridicum" getreten ist, geht aus einer genaueren Vergleichung beider Reichsgesetze mit Sicherheit hervor. Danach berichtigt sich auch der §. 44 zu Note 51.

38) Daß die Praxis dieses Verfahren überall zur Anwendung gebracht habe, wie Linde: Handbuch II. §. 224 in. annimmt, läßt sich nicht behaupten. Die citirten Reichsgesetze lehnten sich nur an die bestehende Sitte an, wenn sie die Supplication an den Landesherrn vorschrieben. Vgl. §. 33 Note 256.

39) Goldschmidt a. a. O. S. 132 Note 1, Linde II. S. 387 Note 3 und die von diesen Citirten. Daß hier von der längeren Frist, dem biennium des R. R., nicht die Rede ist, hing mit der älteren Auffassung der nov. 119. c. 5 zusammen. Vgl. gl. Nostro numini] ad l. 1 C. de sent. praef. praet.

40) Ueber das Einzelne vgl. Linde II. §. 224.

41) Die gewöhnlichen Bezeichnungen dieses Rechtsmittels sind Revision,

zu Tage nur particularrechtliche Geltung, wie denn den Particularrechten auch die mitunter vorkommenden inländischen Spruchbehörden angehören, welche nicht besondere Behörden sind, sondern mit anderen theils gleich, theils höher stehenden Gerichten zusammenfallen.

Ueberhaupt darf man sich die Revision keineswegs als ein vorzugsweise durch die Reichsgesetze entwickeltes Institut denken; die Particularrechte haben nicht nur die Formen der reichsgesetzlichen Revision mannichfach aus- und umgebildet,[42] sondern auch — was wichtiger ist — eine eigenthümlich deutschrechtliche Revision geschaffen. Ist die Revision nach den Reichsgesetzen ein subsidiäres Rechtsmittel in dem Sinne, daß sie an die Stelle der ausgeschlossenen Appellation tritt, so wird sie particularrechtlich auch appellabelen Bescheiden gegenüber, mithin in Concurrenz mit der Appellation zugelassen, und zwar bald so, daß sie der beschwerten Partei neben der Appellation zur Wahl steht, bald so, daß im Fall ihrer Erfolglosigkeit auch noch die Appellation zur Hand genommen werden kann. Zu einer Vervielfältigung der Rechtsmittel-Instanzen führt hiernach diese particularrechtliche Revision, die immer bei dem beschwerenden Richter und mit der Bitte um Actenversendung einzuwenden ist, in der ersten Gestalt nicht, in welcher ihr Gebrauch vielmehr den Verzicht auf die Appellation involvirt,[42a] wohl aber in der zweiten, der ziemlich allgemein in den Ländern des sächsischen Rechts vorkommenden s. g. Leuterung (leuteratio).[43] Denn nicht bloß darf im Falle des Obsiegs des Leuteranten sich seinerseits wieder der Leuterat der Leuterung

---

Supplication. In Mecklenburg und Neu-Vorpommern Restitution (remedium ordinarium restitutionis im Gegensatz zu dem remedium extraordinarium der römischen Restitution), was sich daraus erklärt, daß die älteren Juristen die Supplication nach c. 4 X, de in int. rest. (1, 41) als eine species restitutionis betrachteten. Vgl. Decius: Cons. 533 nr. 2, Oldendorp: De sententia et re judicata (Opera p. 519).

42) Vgl. z. B. Pufendorf: Introd. in proc. civ. IV. c. 2 §. 6, 7, Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 29, 30, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. c. 43, 44, Kreittmayr: Anm. über den Cod. jur. Bav. jud. XV. 12. Ueber den heutigen Rechtszustand vgl. Linde II. §. 225.

42a) S. darüber Pufendorf l. c. IV. 2 c. 4, 5, Hofmann a. a. O. I. §. 862, 874.

43) Von ihr handeln Pufendorf l. c. IV. c. 3, Seyfart a. a. O. c. 26, Hofmann a. a. O. I. c. 42, Kind: Diss. de origine leuterationis ac speciatim oberleuterationis saxonicae, Lips. 1787, Biener, Syst. proc. jud. II. §. 181—186 (wo sich auch Verweisungen auf die ältere sächsische Literatur finden).

bedienen, so wie, wenn dieser gewinnt, nochmals der Leuterant, und so fort, bis eine Bestätigung des letzten Leuterungsbescheides erfolgt, sondern gerade dann, wenn der Leuterant mit der Leuterung unterliegt, steht ihm, wenn auch nicht eine zweite Leuterung (leuteratio leuterationis non datur), so doch immer noch die Appellation, und falls diese wegen Mangels der Appellationssumme ausgeschlossen sein sollte, selbst eine zweite Leuterung (Oberleuterung) offen.[44]

So viel sich nun sehen läßt, kommt etwas der Revision und Leuterung Aehnliches in den Rechtsbüchern nicht vor, und noch der Richtsteig kennt, wo er vom Schelten der unter Königsbann ergangenen Urtheile handelt, nur den Zug an den höheren Richter.[45] Dagegen begegnen wir bald nach den Rechtsbüchern dem Zuge gescholtener Urtheile an Gerichte, welche in der Stufenfolge der Gewalten dem beschwerenden Gericht nicht übergeordnet, sondern gleichgestellt waren,[46] und finden darin die Vorstellung ausgedrückt, daß als „Oberhof" nicht bloß das auf Grund der höheren Gewalt seines Trägers gehegte, sondern jedes Gericht zu gelten habe, welches aus irgend einem Grund eine höhere Auctorität genieße.[47] Diese konnte also auch auf einer Rechtsbewidmung oder dem Alter der Dingstatt beruhen, und demselben Gericht gegenüber selbst mehreren gleichstehenden Gerichten innewohnen, wie z. B. wenn die eine Stadt von der andern, und diese von der dritten mit ihrem Recht bewidmet worden war, oder wenn mehrere Gerichte ein aus ihrem Alter entspringendes besonderes Ansehen besaßen. Hier nun, wo der beschwerten Partei, bevor sie sich an das übergeordnete Gericht wandte, der Rechtszug an ein oder mehrere gleichstehende Gerichte

---

44) Vgl. Biener l. c. II. §. 184.

45) S. sächs. Ldr. II. 12 §. 4, schwäb. Ldr. (ed. Gengler) c. 95 §. 1, 2, c. 96 §. 3, 4, Richtsteig Landr. (ed. Homeyer) c. 49. §. 4.

46) Sächs. Weichb. art. 10, 74, Richtst. Ldr. c. 50 §. 2, 3, Rechtung von Vorsikon bei Grimm: Weisth. I. 51, Gl. zum sächs. Ldr. II. 12 §. 4, Gl. zum Weichbild art. 10 [„Fürbas mehr sollt ir wissen zwischen Weichbildrecht und Landrecht diese Unterscheid, und zwischen geistlichem Recht und Keiserrecht desgleichen. Nach Weichbildrecht beruffet man sich von einer stadt zu der andern, nach dem das die stedt ausgesetzt sind, und kompt zuletzt bis gen Magdeburg auf die Pfaltze oder für den König, — — Zu Keiserrecht aber berüfft man sich von Richter zu Richter auffwerts"], Magd. Sch. Urth. I. 4 d. 4 [„— mag man da für im Urteil finden un schelten, und ziehen sich das an das öberst Weichbilden-Recht, da die Stadt ir Recht pfleget zu holen]. Vgl. dazu Homeyer: Der Richtsteig Landrechts S. 510 fg.

47) Diesen Gedanken führt weiter aus Planck: Die Lehre von dem Beweisurtheil S. 22—26.

freistand, lag ein Rechtsmittel vor, welches als des Devolutiv-Effects ermangelnd nach der romanistischen Terminologie keine Appellation,[48] sondern eine Revision war, und im Wesentlichen bereits die Eigenschaften erkennen ließ, welche namentlich die spätere Leuterung characterisiren. Seine definitive Gestalt aber erhielt dasselbe durch die Einwirkung der seit dem Eindringen der fremden Rechte entstandenen neuen Rechtsanschauungen. Der römischen Supplication wurde der Ausschluß der wiederholten Leuterung entlehnt, das processualische Verfahren durch die Analogie der Appellation bestimmt, und als die alten Oberhöfe mehr und mehr gegen die gelehrten Doctoren zurücktraten, stellte sich der Grundsatz fest, daß der Gebrauch der Leuterung die Sache dem beschwerenden Gerichte nicht entziehen, sondern dieses nur nöthigen solle, das Leuterungsurtheil von auswärtigen Rechtsgelehrten einzuholen.

Uebrigens ist die particularrechtliche Revision und Leuterung im Laufe des letzten Jahrhunderts vielfach aufgehoben oder doch beschränkt worden.[49]

Die Nichtigkeitsbeschwerde.*

§. 60.

Nicht bloß Urtheile können nichtig sein, sondern auch Parteihandlungen und richterliche Decrete, überhaupt also das den Ur-

48) Diese Erkenntniß wird sehr bestimmt ausgesprochen von der in Note 46 abgedruckten Gl. zum Weichbild art. 10.

49) Vgl. Linde a. a. O. II. §. 225.

*) Tit. Dig. 49, 8 quae sententiae sine appellatione rescindantur. Cod. 7, 64 quando provocare non est necesse. — Seb. Vantius: Tr. de nullitatibus processuum ac sententiarum, in Tr. tract. IV. Venet. 1567, Col. 1574, 1588, 1624, 1655, 1664, 1697, Spir. 1616. Altimarus Blasius: Tr. de nullitatibus, Col. 1697, 1720 (vol. III handelt de nullitate sententiarum). Pütter (P. Simon): Diss. de querelae nullitatis et appellationis conjunctione, Gott. 1759 (auch in den Opusc. rem jud. imperii illust., Gott. 1766). Schnaubert: Erörterung der Lehre von den heilbaren und unheilbaren Nullitäten, Gieß. 1780. Gönner: Handbuch III. 64. Bornemann: Beweis, daß der Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten dem jüngsten Reichsabschied ganz fremd ist, und nur zu großen Irrthümern führen kann, Hann. 1807. Almendingen: Metaphysik des C. Pr. Nr. 10. Ahorner von Ahornrain: Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeschwerde im C. Pr., Augsb. 1812. Gensler: Handbuch zu Martin's Lehrbuch des gem. bürg. Pr. I. 3. Klüpfel: Ueber einige Theile des bürgerlichen Rechts, Stuttg. 1817, Abh. 7. Goldschmidt: Abh. aus dem deutschen gem. C. Pr., Frankf. 1818, Abh. 10. Fischer: Die Lehre von den Nichtigkeiten der Civilurtheile, Prag 1829. Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen III. 5. Röder: Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten im C. Pr. nach gem.

theilen vorausgehende Verfahren. Jedoch ist dieserhalb kein besonderes Rechtsmittel erforderlich. Darauf Bedacht zu nehmen, daß Nichtigkeiten im Verfahren vermieden, und wenn sie sich eingeschlichen haben, durch Nachholung des Versäumten geheilt werden, bringt schon die amtliche Pflicht des Richters mit sich, welcher frei genug gestellt ist, um abzuwehren und nachzuhelfen, so oft der Zweck des Verfahrens es erfordert.[1] Mit Urtheilen dagegen verhält sich dies anders. Sie können von dem Richter, der sie erlassen hat, nicht ohne Weiteres als nichtig bei Seite gesetzt oder verbessert werden; denn wären sie nichts desto weniger gültig, so würde wieder ihre Aufhebung eine Nichtigkeit involviren.[2] Ihre Ungültigkeit läßt sich nur dann annehmen, wenn sie in einem geeigneten Verfahren zuvor festgestellt worden ist.

In einem solchen Verfahren nun wird die Beweislast der die Ungültigkeit des Urtheils behauptenden oder, was gleich viel ist, die Gültigkeit leugnenden Partei obliegen. Denn sobald das streitige Urtheil von einer gerichtlichen Behörde ausgegangen ist, muß es nach allgemeinen Grundsätzen als zu Recht bestehend angesehen werden;[3] wer sich darauf beruft, hat fundatam intentionem für sich, und wird durch das Leugnen der Gültigkeit so wenig zu deren weiterem Beweise genöthigt, wie derjenige, zu dessen Gunsten ein mit den äußeren Zeichen der Gültigkeit versehener Vertrag spricht;[4] er darf die Nachweisung eines zutreffenden Nichtigkeitsgrundes vom Gegner erwarten.[5] Häufig wird sich freilich die Nichtigkeit

deutschen Recht, Bernb. 1831. A. W. S. Franke im Arch. für civ. Pr. XIX. 14. Bardeleben: Diss. de sententiarum nullitate, Berol. 1836. Herquet: Die Nichtigkeitsklage in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Fulda 1838, und in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XVII. 8. Linde ebendas. XII. 1, 7, XIII. 5, und in seinem Handbuch II. §. 226—275. Strippelmann: Die Nichtigkeits-Beschwerde nach gemeinem und hessischem Recht, Cassel 1862. Die ältere Dissertationen-Litteratur findet sich bei Röder a. a. O. §. 5, und über den römischen Proceß vgl. Zimmern: Gesch. des röm. Pr. R. III. §. 167, Puchta: Cursus der Institutionen II. §. 181, Rudorff in der Zeitschr. für gesch. R. W. XIV. 9 unter IV., Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. §. 118, III. §. 162.

1) S. §. 45 unter 1, und dazu Vantius l. c. IV. nr. 3.

2) S. §. 51 unter 1.

3) C. 16 X. de sent. et re jud. (2, 27): „— cum — constiterit sententiam a judice suo (pronom. suo deest in c. 6 comp. 3 eod.) prolatam, propter auctoritatem judiciariam praesumi debet, omnia legitime processisse.“ Vgl. auch c. 23 X. de elect. (1, 6) verb. „pro his, quae a judice sunt acta, praesumitur, quod omnia rite fuerint celebrata.“

4) S. §. 15 Note 10, §. 17 Note 12.

5) C. 17 X. de sent. et re jud. (2, 27) [„Cum — ex parte monasterii nihil rationabile fuerit propositum et ostensum, quare sententia pro

schon aus dem Urtheil selbst oder aus den Acten ergeben (nullitas manifesta s. notoria);[6] dadurch aber wird die Beweislast nicht geändert, sondern nur der Beweis unnöthig gemacht oder erleichtert. Die Anfechtung eines nichtigen Urtheils ist demnach als ein selbständig zu begründender Angriff anzusehen.

Dieser Angriff kann jedenfalls incidenter, d. h. in einem ohnehin anhängigen Verfahren, und zwar entweder in Form der Vertheidigung gegen die a. judicati[7] und exc. rei judicatae,[8] oder in Gestalt einer Appellationsbeschwerde verfolgt werden,[9] und hatte im vorjustinianeischen Recht der a. judicati gegenüber

---

episcopo promulgata debuerat irritari, eam quantum ad monasterium duximus confirmandam"], c. 7 X. de renunc. (1, 9). Eine concrete Anwendung dieser Regel enthält auch l. 1 C. h. t. (7, 64). Vgl. dazu Durant. II. 3 de sent. §. 9 nr. 15, Joa. Andreae in add. §. sequ.] ad Dur. II. 3 de exs. sent. §. 6 nr. 6, Phil. de Franchis in Repet. c. 63 X. de app. vers. Quinquagesimo quaeritur, Vantius l. c. VI. nr. 2, 5. Die Beweislast ist also hier eben so beschaffen wie bei der Rescission, und daraus erklärt sich, daß in mehreren Stellen des R. R. das Für-nichtig-erklären eines Urtheils rescindere, infirmare sententiam genannt wird. Vgl. l. 1 §. 1 D. de feriis (2, 12), l. 10 C. de proc. (2, 13), l. 3 C. de sent. ex peric. (7, 44), l. 5 C. h. t. (7, 64),

6) In den Reichsgesetzen „öffentliche Nichtigkeit" genannt, z. B. in der K. G. O. von 1555 III. 34 §. 2, Conc. von 1613 III. 40 §. 2.

7) L. 75 in f. D. de jud. (5, 1), c. 4 X. de proc. (1, 38) [„— falsi procuratoris exceptio non solum ante sententiam, verum etiam postea potest objici, utpote qua probata judicium nullum et nullius momenti controversiae reputantur"]. Vgl. auch c. 1 Clem. de sequ. poss. et fr. (2, 6) [„de nullitate opponere"].

8) L. 1 C. quibus res jud. non nocet (7, 56): „Si neque mandasti fratri tuo defensionem rei tuae, neque quod gestum est, ratum habuisti, praescriptio rei judicatae tibi non oberit. Et ideo non prohiberis causam tuam agere sine praejudicio rerum judicatarum."

9) L. 19 D. de app. (49, 1) [„Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata. Unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia; unde potest causa ab initio agitari"], c. 32, 38 X. de off. et pot. jud. deleg. (1, 29). c. 19 X. de jud. (2, 1). Diese Stellen sprechen zwar nicht abstract aus, daß von nichtigen Sentenzen appellirt werden dürfe, lassen aber in concreto die Appellation gegen nichtige Sentenzen zu, und setzen mithin die Zulässigkeit solcher Appellationen voraus. Auf dieselbe Voraussetzung aber weist der Ausspruch anderer Stellen hin, daß es nicht nothwendig sei, gegen nichtige Urtheile zu appelliren. Vgl. z. B. l. 1 pr. [„et si provocatum non fuerit"], §. 1, 2, l. 3 §. 1 [„sine causa appellari"] D. h. t. (49, 8), l. 12 [„appellatio in re aperta supervacua fuit"], l. 23 §. 1 [„frustra provocatum"] D. de app. (49, 1), l. 1, 2, 4—7, 9 C. h. t. (7, 64), l. 27 C. de app. (7, 62), c. 5 in VI. de sent. et re jud. (2, 14). Am meisten Gewicht aber hat man von jeher auf zwei beinahe gleichlautende Stellen aus des Paulus lib. I decretorum gelegt, l. 41 D. fam. erc. (10, 2) und l. 24 D. de jure patr. (37, 14), in denen ein Appellationsurtheil mitgetheilt wird, welches einen Theil des mit der Appellation angefochtenen Urtheils für nichtig erklärt [„nullam esse libertorum divisionem"].

die Eigenthümlichkeit, daß er zur Bestellung eines judex führte, welcher zu untersuchen hatte, „judicatum sit nec ne," und im Falle der Ueberführung den Verklagten wegen des Leugnens ins Doppelte verurtheilte.[10] Er kann aber vermittelst des Gesuchs um Annullation (Richtigerklärung) des streitigen Urtheils auch principaliter, d. h. in einem besonderen Verfahren zur Verhandlung gebracht werden, und in dieser Gestalt hat er den Character eines eigentlichen Rechtsmittels, unter dem seit dem Mittelalter gebräuchlichen Namen querela nullitatis.

Ein solches war im vorjustinianeischen Recht die revocatio in duplum.[11] Diese fiel insoweit mit der vorhin erwähnten Vertheidigung gegen die a. judicati[12] zusammen, als sie dem verurtheilten Verklagten das Mittel bot, die Gültigkeit des Urtheils zu bestreiten, und ihn, wie der Name schließen läßt, auf den Fall des Unterliegens der poena dupli aussetzte. Dagegen war sie durch die Anstellung der a. judicati nicht bedingt, und sonach mehr einer Klage ähnlich, was sich darin zeigte, daß sie noch nach vollzogener Execution,[13] und nicht „post longum silentium (d. h. nach

10) Die a. judicati gehörte zu den Klagen, bei denen lis infitiando crescit in duplum. Vgl. Gai. IV. §. 9, 171, Pauli R. S. I. 19 §. 1. Da, wo Justinian diese Klagen aufzählt — §. 23, 26 I. de act. (4, 6), §. 7 l. de oblig. quae qu. ex contr. (3, 28) —, wird sie nicht mehr unter denselben genannt, und dies sieht die gemeine Meinung als entscheidend für das justinianeische Recht an, obschon einige Wirkungen der Litiscrescenz bestehen geblieben sind. Vgl. l. 7. D. de solut. (46, 3), — l. 74 §. 2 D. de jud. (5, 1), l. 36 D. fam. erc. (10, 2), l. 60 D. de cond. ind. (12, 6), l. 29 §. 5. D. mand. (17, 1), l. 22 pr. §. 1—3 D. rat. rem (46, 8), l. 1 C. de cond. ind. (4, 5), l. 2 C. de comp. (4, 31) A. M. ist Sell: Jahrb. II. S. 24 fg., welcher auch mit der anderen Behauptung (S. 232 fg.) allein steht, daß der Verklagte der Verurtheilung ins Doppelte nur dann verfallen sei, wenn sein Leugnen den Kläger zum Beweise genöthigt, d. h. vorliegend, wenn er den Act des Urtheilens geleugnet habe. Das infitiari steht vielmehr dem (in jure) confiteri entgegen, ist ein Leugnen des Klaganspruchs im Ganzen, und fällt sonach mit der litis contestatio zusammen. Vgl. Puchta a. a. O. (Note *) II. §. 179 Note c, d.

11) Vgl. Puchta a. a. O. II. §. 181 Note d fg.

12) Diese Vertheidigung kann jedenfalls unter dem in duplum revocare nicht allein verstanden sein, wahrscheinlich aber war sie darunter mit begriffen, wie Rudorff a. a. O. XIV. S. 313 Note 40, und doch wohl auch Puchta a. a. O. II. §. 181 zu Note e annimmt, welcher eben so wie jener zwei Formen der revocatio in duplum unterscheidet, Vertheidigung und besonderes Rechtsmittel. Eine eigenthümliche Meinung hat neuerdings Alex. Meyer in der Zeitschr. für R. G. II. S. 312—318 aufgestellt.

13) Cic. pro Flacco c. 21. Hier tritt Heraclides, nachdem er verurtheilt und dem Kläger addicirt („Cum judicatum non faceret, addictus Hermippo et ab hoc ductus est"), dann aber in Folge des Verkaufs einiger Sclaven wieder freigegeben worden ist („ab Hermippo missus, cum ei pauca mancipia vendidisset"), vor dem Prätor mit der Behauptung auf, „recuperatores vi Flacci (des Amtsvorgängers) coactos et metu falsum invitos judicasse",

10 Jahren inter praesentes, nach 20 Jahren inter absentes) benutzt werden konnte.[14] Auch mit der Appellation wurde sie in manchen Beziehungen zusammengestellt; gleich dieser war sie dem contumax und dem confessus in jure versagt.[15] Daß sie im justinianeischen Recht nicht mehr vorkommt, erklärt sich aus der Abschaffung der poena dupli; dadurch war jedenfalls ihr Name unbrauchbar geworden. Der Sache nach aber konnte sie deshalb doch fortbestehen, und daß dies wirklich der Fall war, beweisen die deutlichen Spuren eines ähnlichen Rechtsmittels, welches sich früher wahrscheinlich auf die im außerordentlichen Verfahren ergangenen und nicht auf Geld gerichteten Urtheile beschränkt hatte, nunmehr aber die Functionen der revocatio in duplum mit übernahm.

In dieser Beziehung kommt zunächst eine Stelle des Julian in Betracht, die l. 75 D. de jud. (5, 1), in welcher von der Anfechtung eines gegen den abwesenden Verklagten in eremodicio ergangenen Urtheils die Rede ist. Hier wird beiläufig als de judicato cognoscirend ein auf Grund der a. judicati bestellter judex bezeichnet, dann aber in einer Note des Paulus („Paulus notat") die Bemerkung gemacht, der Prätor solle im Fall entschuldbarer Abwesenheit entweder die a. judicati verweigern, oder das (nichtige) Urtheil nicht in Vollzug setzen.[16] Nun entsprach die Verweigerung der Klage dem alten ordo judiciorum zwar unter Voraussetzung der Liquidität einer in jure vorgeschützten Nichtigkeit;[17] indem Paulus sie aber der a. judicati gegenüber schlechthin empfiehlt, muthet er dem Prätor zu, über illiquide Nichtigkeitsgründe zuvor von sich aus eine Untersuchung einzuleiten, wie er es der Natur der Sache nach von jeher thun mußte, wo er um die Execution eines extra ordinem gegebenen und zur Begründung der a. judicati nicht geeigneten Urtheils angegangen

---

worauf decretirt wird, „ut si judicatum negaret, in duplum iret, si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores."

14) Pauli S. R. V. 5a §. 8: „Res olim judicata post longum silentium in judicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocari. Longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes, et inter absentes vicennii computatur."

15) Pauli R. S. V. 5a §. 5, 7, l. 1 C. Greg. quibus res judicata non nocet.

16) Die betreffenden Worte lauten so: „Paulus notat: Si aut morbo impeditus aut reipublicae causa avocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem judicati eo casu in eum denegandam, vel exequi Praetorem ita judicatum non debere."

17) Vgl. z. B. l. 9 pr. D. de jurejur, (12, 2).

wurde.[18] Indeß ist jene Untersuchung, welche, als auf eine Vorbedingung der Execution bezüglich, die Natur eines praejudicium hat,[19] vorliegend noch durch die Bitte um Execution veranlaßt, und es fragt sich daher weiter, ob dieselbe auch ohne diese Veranlassung habe nachgesucht werden können.[20]

Hierüber giebt eine andere Stelle, die l. 3 C. quomodo et quando (7, 43), Aufschluß, in welcher der Kaiser Gordian (a. 239) rescribirt, daß von dem in Abwesenheit und ohne Wissen des einen Theils eröffneten Judicat nicht dürfe abgewichen werden, wenn der Abwesende es versäumt habe, sofort nach erhaltener Kenntniß zu queruliren, „si ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis.“[21] Der Ausdruck „querela“ bezeichnet in den römischen Rechtsquellen nicht einen Act bestimmter Form, sondern jede Behauptung eines Unrechts, werde sie vor Gericht oder anderswo, in oder außer einem Proceß, in einer Klage, Einrede oder Replik aufgestellt.[22] Hier also die Behauptung des Mangels, an welchem das gegebene Urtheil leidet, und zwar die sofortige, mithin spontane, nicht erst durch einen Angriff des Gegners hervorgerufene Behauptung jenes Mangels. Diese Behauptung nun soll von der besiegten Partei gerichtlich (darauf deutet der Ausdruck „deferre querelam“[23]) erhoben werden, um als Abwehr gegen die Präsumtion der Zustimmung zu dienen („Ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit accommodatus assensus“), und sie würde daher von einer einfachen Protestation verstanden werden können,[24] wenn Protestationen in diesem Zusammenhang überhaupt

---

18) Auf diesen Fall scheint sich der Schluß der in Note 16 angeführten Worte des Paulus zu beziehen. Uebrigens legt der ganz unmotivirte Wechsel der Subjecte und die Schwerfälligkeit der Construction den Gedanken an eine Interpolation nahe.

19) S. §. 49 Note 115.

20) Das in der Mitte jener Stelle vorkommende „querelam rei admittere“ ist nicht von der jetzt s. g. querela nullitatis, sondern von der Berufung auf den dolus zu verstehen. S. Note 22.

21) Vollständig lautet die l. 3 C. cit. so: „Ab eo judicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum, si ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis. Ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit accommodatus assensus.“

22) So hat in gründlicher Weise Gneist: Die formellen Verträge S. 76 den römischen Begriff der querela festgestellt.

23) S. Gneist a. a. O. S. 84.

24) So versteht Bethmann-Hollweg a. a. O. II. §. 118 Note 39 jenen Ausdruck.

vorkämen. Gewiß aber ist auch an die Appellation nicht zu denken.[25] Denn abgesehen von der Ungewöhnlichkeit der Bezeichnung,[26] ist zu bestimmt ausgesprochen, daß es sich um ein nichtiges Urtheil handelt,[27] und einem solchen gegenüber ist die Appellation nur statthaft, nicht nothwendig. Es bleibt mithin nichts Anderes übrig, als die Annahme eines auf Untersuchung der Nichtigkeit gerichteten selbständigen Antrags,[28] für welchen in Ermangelung eines specielleren Namens die unbestimmte Benennung „querela" besonders passend war. Dadurch wird freilich nicht erklärt, wie der präsumirte assensus der abwesenden Partei ein ungültiges Urtheil soll gültig machen können. Indeß ist diese Schwierigkeit gleich groß, welches Rechtsmittel auch unterstellt werde; sie möchte aber ihre Lösung darin finden, daß nach dem an den Kaiser erstatteten Vortrag nur die Eröffnung des Urtheils, und wie man hinzudenken kann, der Abschluß der Verhandlungen in des Querulanten Abwesenheit vor sich gegangen war,[29] und daß sich deshalb ohne so-

---

25) Dies ist die Ansicht der gl. Querelam] ad h. l. („petendo restitutionem ad appellandum, secundum quosdam. Vel dic appellando"), welcher später viele Juristen mit Beziehung auf l. 11 C. eod. (7, 43) beigetreten sind, z. B. auch Bartolus und Baldus ad l. 3 C. cit. und unter den Neueren Gesterding a. a. O. (Note *) III. S. 131 Note 13, Franke a. a. O. (Note *) XIX. S. 391 fg.

26) In l. 12 C. Th. de app. (11, 30) werden appellatio und querela geradezu einander entgegengesetzt: „Si nominatus magistratus aliquis [refragetur, non appellatio, sed querimonia hoc dicitur; appellationis enim verbum in majoribus rebus dici oportet. Similiter et si ad exactionem annonariam nominatus de injustitia queratur, non appellatio, sed querela hoc esse videbitur. Ideoque nec tempora appellationum servanda sunt, sed mox super hujusmodi querimoniis disceptandum." Daß der Ausdruck „querela" die Appellation nicht bezeichnen könne, soll damit nicht behauptet werden. Vgl. l. 10 pr. D. qui satisd. cog. (2, 8) mit l. 2 D. a quib. app. (49, 2).

27) Hierin stimmen überein Cujacius: Recit. ad Cod. tit. de app. („Nam et cum sententia dicitur ipso jure nulla, hoc non appellatio, sed querela appellatur," l. 3 s. quom. et qu."), ad tit. quomodo et quando, in f., comm. ad tit. D. de re jud. l. 45, Zimmern a.a.O. III. S.416, Bethmann-Hollweg a. a. O. II. §. 118 Note 39, Bardeleben l. c. (Note *) p. 26, Linde: Handbuch II. S. 444 fg., Heffter: System §. 477 Note 35.

28) Auch dies erkennen von den in der vorigen Note genannten Juristen an Cujacius l. c., Bardeleben l. c., Heffter a. a. O. §. 477 Note 35. A. M. dagegen ist auch der im Text versuchten Deduction gegenüber Bethmann-Hollweg a. a. O. II. §. 118 Note 39 geblieben.

29) Etwas Anderes liegt in den Worten nicht. Denn „sententiam proferre" ist gleichbedeutend mit sententiam pronuntiare. Vgl. Brissonius: De V. S. s. v. proferre. Dieselbe Meinung hat denn auch schon Leyser: Medit. sp. 469 m. 7 aufgestellt, und wenn Linde II. S. 442 Note 2 sie keiner Widerlegung für werth hält, so wird es diesem Juristen gegenüber wohl erlaubt sein, sie dennoch festzuhalten.

fortige Beschwerde eine Verkürzung des Vertheidigungsrechts, d. i. eine materielle Benachtheiligung nicht annehmen ließ.[30]

Auch sonst aber fehlt es nicht an Stellen, aus denen man ersieht, daß der späteren Zeit selbständige Anträge auf Untersuchung der Nichtigkeit nicht unbekannt waren,[31] und im Mittelalter hat man daher nicht bloß den Ursprung der Nichtigkeitsbeschwerde auf das R. R. zurückgeführt, sondern auch die einschlagenden Stellen stets unmittelbar für den practischen Gebrauch zu verwerthen gesucht. Namentlich enthält das C. R. außer einer einzigen allgemeinen Vorschrift von geringerer Bedeutung[32] Nichts als vom R. R. ausgehende concrete Entscheidungen, und auch die italienische Jurisprudenz hat auf diesem Gebiet nicht sowohl Neues geschaffen, als die Aussprüche der Gesetze verallgemeinert, durch Analogien bereichert und in wissenschaftlichen Zusammenhang gebracht. Die so gebildete und nur in einzelnen Puncten von den Reichsgesetzen weiter entwickelte Theorie ist im Wesentlichen folgende.

1. Wird die Nichtigkeit eines Urtheils nicht incidenter in Form einer Einrede („opponere de nullitate"), Replik oder Appellationsbeschwerde, sondern in einem besonderen Verfahren geltend gemacht, so hat der dazu erforderliche Antrag die Natur einer Klage („agere de nullitate")[33] oder genauer ausgedrückt, einer Imploration des richterlichen officii.[34] Diese Klage ist weder der

---

30) Man hat mitunter in jener Bestimmung das erste Beispiel einer nullitas sanabilis gefunden, und nicht mit Unrecht. S. z. B. Bardeleben l. c. p. 25 Sie ist aber auf die Entwickelung dieses Begriffs ohne allen Einfluß geblieben.

31) Vgl. l. 4, 5 C. quom. et qu. (7, 43). l. 1 C. de sent. ex peric. (7, 44), l. 1 C. de sent. et interl. (7, 45), l. 1—3 C. si a non comp. jud. (7, 48), l. 4, 6 C. de accus. (9, 2). Die auf die Nichtigkeit von Urtheilen bezüglichen Rescripte, welche sehr zahlreich sind, können als ein indirecter Beweis für die Behauptung des Textes gelten, da die dem Kaiser überreichte Supplication (über diese vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. §. 161) die Stelle der Klage vertrat. Uebrigens bezweifelt Bethmann-Hollweg a. a. O. II. §. 118 Note 39, daß auf dem Wege der Supplication die Entscheidung des Kaisers über die Nichtigkeit eines Urtheils habe erbeten werden können, weil die Supplication contra rem judicatam bestimmt verboten gewesen sei. Dieser Grund möchte aber doch nichtigen Urtheilen gegenüber nicht zutreffen, weil ihnen die Eigenschaft der „res judicata" fehlt.

32) Des c. 1 Clem. de sent. et re jud. (2, 11), über dessen Inhalt der Text zu Note 40 zu vgl. ist.

33) C. 1 Clem. cit. (s. die vorige Note).

34) So bestimmen die Natur dieser Klage Innocentius ad c. 2 X. de off. jud. nr. 2 in f., Durant. l. 1 de off. omn. judicum §. 2 nr. 4, Bart. ad l. 1 C. quando prov. nr. 14, Joa. Petrus de Ferrariis: Prax. aur. XXI. 4 nr. 5, Vantius l. c. VI. nr. 4.

Appellationsfrist,[35] noch irgend einer anderen als der gewöhnlichen Verjährungsfrist unterworfen,[36] hat aber auch keinen Suspensiveffect, hemmt also die Execution nicht,[37] und muß, wenn gegen die sententia excommunicationis gerichtet, durch eine interimistische Absolution (absolutio ad cautelam) erst vorbereitet und möglich gemacht werden,[38] weil der excommunicatus nicht klagen kann.[39] Wogegen ihr andererseits die bereits erfolgte Erfüllung oder Execution des Judicats so wenig im Wege steht, daß sie vor derselben überhaupt nicht zugelassen werden soll, sobald drei gleichlautende Urtheile vorliegen.[40]

Nicht ganz einfach bestimmen sich für sie die Competenzverhältnisse und der Eintritt des Devolutiveffects. Daß die Nichtigkeit zur Competenz des Oberrichters gehört, wenn sie incidenter in Form einer Appellationsbeschwerde oder eines Antrags auf Aufhebung der nach Einlegung der Appellation in der unteren Instanz ergangenen Urtheile (Attentate) zur Sprache gebracht wird, versteht sich von selbst. Nicht minder ist die principaliter verfolgte Nichtigkeit, d. i. die Nichtigkeitsbeschwerde an den oberen Richter gewiesen, wenn das nichtige Urtheil eben

---

35) Dieser schon in l. 19 D. de app. (49, 1), l. 1 C. de sent. ex peric. rec. (7, 44) enthaltene Gedanke findet sich wieder in c. 14 in VI. de sent. exc. (5, 11). Das „breve tempus" des c. 18 X. de sent. et re jud. (2, 27) ist nur gelegentlich erwähnt.

36) Dur. II. 3 de sent. §. 8 nr. 30, Salicetus ad l. 6 C. quomodo et qu. nr. 6, Lanfr. de Oriano: Practica in pr. nr. 23, in tit. Interlocutoriae nr. 37, Joa. Petr. de Ferrariis l. c. (Note 34) XXI. 4 nr. 5, Alex. Tartagnus: Cons. IV. 59 nr. 15, Phil. de Franchis in Repet. c. 63 X. de appell. vers. Quinto quaeritur, Vantius l. c. VIII. nr. 8, XIV. nr. 16, Maranta: Aur. pr. VI. 1 nr. 154. Einredeweise soll man sich jedoch ohne alle Zeitbeschränkung auf die Nichtigkeit berufen können, und gültig wird demnach eine nichtige Sentenz durch Ablauf der Verjährungsfrist nicht. — Eine abweichende Ansicht hat Baldus ad l. 11 C. de his qui acc. n. poss. nr. 59; nachdem er die obige Auffassung (s. den Text) vorgetragen, fährt er fort: „Sed verius est, quod actor potest dicere sententiam nullam, donec durat actio vel accusatio, sed reus perpetuo, quia in reo agere de nullitate in effectu idem est quod excipere."

37) Innoc. ad c. 31 X. de off. et pot. jud. del. nr. 3, Baldus ad l. 1 C. ne liceat tertio prov. nr. 1, 2, Alex. Tartagnus: Cons. V. 83 nr. 9, Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. vers. Decimo quaeritur, Vantius l. c. VII. nr. 29—31 (welcher jedoch nach Baldus ad l. 4 C. quor. app. n. rec. nr. 8 die Ausschließung des Suspensiveffects an die Bedingung knüpft, si esset retractabilis executio). — Andere Grundsätze gelten für die der a. judicati entgegengesetzte Einrede der Nichtigkeit.

38) C. 2 in VI. de sent. excomm. (5, 11) vgl. mit c. 40 X. eod. (5, 39).

39) S. §. 12 Note 28.

40) C. 1 Clem. de sent. et re jud. (2, 11). S. oben Note 32.

von ihm,[41] und an den judex delegans, wenn es von einem judex delegatus gegeben worden ist, im letzteren Falle wenigstens dann, wenn es unter Voraussetzung seiner Gültigkeit den Character eines Endurtheils haben würde.[42] Abgesehen von diesen Fällen aber hat der Querulant zwischen dem Richter, welcher nichtig erkannt hat (sofern nicht ein dessen Cognition ausschließender persönlicher Mangel, z. B. Wahnsinn, Bestechung oder eigenes Interesse, den Nichtigkeitsgrund bildet) und dem übergeordneten Richter die Wahl,[43] während die Nichtigkeitsbeschwerde wegen des Zusammenhangs, welchen sie als Rechtsmittel mit der Hauptsache

---

41) C. 12 X. de sent. et re jud. (2, 27), c. 7 X. de conf. utili (2, 30) [„Unde non obstante confirmatione C. pradecessoris nostri — — decernimus ipsum (sc. arbitrium) irritum et inane"].

42) Man ging dabei nach c. 9 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29) von der Regel aus: „Delegatus, postquam pronunciavit, sive bene sive male, functus est officio suo, et ejus jurisdictio finita est," und fand eine Anwendung dieser Regel in l. 4 C. quom. et qu. (7, 43), machte jedoch eine Ausnahme für den Fall, wo der delegatus non servata forma (i. e. solennitate integrali ipsius sententiae, ut quia fuit scripta sed non prolata in voce, vel prolata in voce et non scripta, etc.) geurtheilt. Vgl. gl. Commisit] ad l. 4 C. quom. et qu., Innocentius ad c. 9 X. de off. et pot. jud. del. nr. 2, Cinus ad l. 4 C. quom. et qu. nr. 1, Jac. Buttrigarius ad l. 4 C. de accus., Bartolus ad l. 19 D. de app. nr. 14, ad l. 4 C. quom. et qu. nr. 3, Baldus in add. ad Dur. II. 3 de sententia, init., Joa. Petr. de Ferrariis l. c. (Note 34) XXI. 4 nr. 6, Petrus de Ancharano ad c. 9 X. de off. deleg. vers. Quaero, Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. vers. Vicesimo septimo quaeritur, Vantius l. c. IV. nr. 3—7, 14. Die oben erwähnte Ausnahme machen Cinus, Buttrigarius und Baldus; dagegen halten Andere, z. B. Phil. de Franchis l. c. und die von diesem Citirten den delegatus dann für competent, wenn sein Urtheil wegen Ueberschreitung seines Auftrags (non servata forma rescripti) nichtig ist.

43) C. 2 Clem. de sent. et re jud. (2, 11). Hier erklärt Clemens V. ein vom Kaiser Heinrich VI. gegen König Robert von Sicilien gesprochenes Urtheil für nichtig, indem er seine Competenz in doppelter Weise begründet; er sagt: „Nos tam ex superioritate, quam ad imperium non est dubium nos habere, quam ex potestate, in qua vacante imperio imperatori succedimus — — sententiam et processus omnes praedictos — — declaramus fuisse ac esse omnino irritos et inanes." Jenes Wahlrecht hatte schon die gl. Eundem] ad l. 4 C. de accus. aus der Vergleichung dieser l. 4 mit der l. 6 C. eod. (9, 2) abgeleitet; es blieb indeß nicht ohne Widerspruch. So sahen Jacobus de Arena ad l. 16 C. de app. nr. 2, Jac. Buttrigarius l. c. (s. die vor. Note) die Competenz des Unterrichters als die Regel an, und statuirten die des Oberrichters nur da, wo die Nichtigkeit aus einem persönlichen Mangel entsprungen, während die Späteren (s. die Citate der vorigen Note) in dieser Beschaffenheit des Nichtigkeitsgrundes nichts weiter als eine Nöthigung zur Wahl des oberen Richters fanden. Vgl. Vantius IV. nr. 8—11. Ziemlich allgemein aber nahm man nach dem Vorgange von Innocentius ad c. 63 X. de app. nr. 3 an, daß vor dem Endurtheil die Nichtigkeit nur bei dem Unterrichter ausgeführt werden könne — vgl. Vantius IV. nr. 2, 3 und die daselbst Citirten —, eine Annahme, welche auf der Widerruflichkeit der Interlocute beruhte, und im deutschen Proceß ihre Voraussetzung verloren hat.

hat, den auf andere Klagen anwendbaren Competenzgründen in keinem Falle unterliegt.[44]

2. Der Zweck dieses Rechtsmittels besteht zunächst in der Nichtigerklärung, Annullation, des angefochtenen Urtheils, außerdem aber in dessen Ersetzung durch ein neues Urtheil. Dieser zweite Theil der Aufgabe setzt bei dem auf die Nichtigkeitsbeschwerde erkennenden Richter die Competenz in der Hauptsache voraus, welche dem gravirenden Richter selbst[45] nur dann nicht zusteht, wenn der Grund der Nichtigkeit gerade in dem Mangel der Competenz liegt. Im Anschluß an einige Stellen des R. R.[46] aber hat die Doctrin die Competenz in der Hauptsache auch bei dem vom Querulanten angesprochenen Oberrichter angenommen,[47] und zwischen diesem und

---

44) Anders, wenn die in nichtiger Weise abgewiesene Klage von Neuem angestellt wird. Vgl. Vantius IV. nr. 13.

45) Vgl. z. B. c. 15 X. de jud. (2, 1) in der ursprünglichen Fassung, in welcher es mit c. 7 X. de conf. utili (2, 30) zusammenhing, c. 12 X. de re jud. (2, 27), c. 18 X. eod. [„Postmodum autem idem presbyter ad (ejusdem) archiepiscopi praesentiam inter breve tempus accedens, justam causam absentiae allegavit; archiepiscopus vero Argentino electo et Altae sylvae et Tudebern. abbatibus dedit suis litteris in mandatis, ut si justam absentiae causam ille ostenderet coram eis, praedictam sententiam nullius decernerent esse valoris et causam fine debito terminarent"]. Eben so muß es sich verhalten, wenn ein delegatus nichtig geurtheilt hat; der delegans erkennt dann nicht bloß über die Nichtigkeit, sondern auch in der Haupsache, oder ertheilt in Betreff beider Puncte einen neuen Auftrag. Vgl. c. 24 X. eod., c. 2, 3 X de proc. (1, 38). Wenn jedoch der delegans ausspricht, daß der delegatus keinen Auftrag oder keine Jurisdiction gehabt habe, so beschränkt er sich darauf, das von ihm ertheilte Urtheil für nichtig zu erklären, was in der Natur der Sache liegt. Vgl. c. 29 X. de off. jud. (1, 29), c. 4 X. de proc. (1, 38).

46) L. 1 §. 1 D. h. t. (49, 8), wo wohl der „hujus quaestionis judex" nach l. 4 §. 1 D. de app. (49, 1) der Magistrat ist (vgl. §. 51 Note 20), l. 6 C. de acc. (9, 2).

47) Dieser Satz wurde zuerst von Bartolus ad. l. 19 D. de app. nr. 15, ad l. 4 C. quom. et qu. nr. 4, ad l. 1 C. qu. prov. n. est nec. nr. 16, 17 aufgestellt (mit Beziehung auf Innoc. ad c. 36 X. de off. et pot. jud. del.) und dann von den Späteren beinah allgemein gebilligt. Vgl. Panormitanus ad c. 9 X. de off. et pot. jud. del. nr. 6, Petrus de Ancharano ad c. 63 X. de app. nr. 10, Felinus Sandeus ad c. 40 X. de sent. excomm. nr. 8, Joa. Petrus de Ferrariis: Practica XXI. 4 nr. 8, Alex. Tartagnus: Cons. II. 79 nr. 1, V. 53 pr., VI. 67, 225 nr. 24, Vantius l. c. III. nr. 12, XIV. nr. 132, Scaccia: Tr. de appell. XI. nr. 122, XIX. 1 concl. 6 nr. 109. — Zwar machten Baldus ad l. 40 §. 1 D. de pactis nr. 28, 29 und Phil. de Franchis in Repet. c. 63 X. de app. vers. Decimo quaeritur die Statthaftigkeit dieser oberrichterlichen Cognition von einem besonderen Antrage des Querulanten, Angelus de Ubaldis ad l. 19 D. de app. nr. 6 und Salicetus ad l. 6 C. quom. et qu. nr. 4 von der Bestechung des Unterrichters (nullitas causata a sorde vel iniquitate judicis) abhängig; sie sind aber mit diesen Beschränkungen nicht durchgedrungen. Daß, wenn die Nichtigkeit einredeweise geltend gemacht wird, kein neues Urtheil, sondern nur die Abweisung des erhobenen Executionsantrags in Frage kommt, bedarf kaum einer besonderen Bemerkung.

dem gravirenden Richter ist demnach in der fraglichen Rücksicht kein Unterschied. Ob die Nichtigkeit ihren Sitz im Urtheil selbst, oder ob sie ihn im Verfahren hat, ist einerlei. Dort wird das neue Urtheil unmittelbar auf die vorigen Verhandlungen gegründet, hier ist, je nachdem das Verfahren ganz oder theilweise nichtig ist, eine Wiederholung oder bloße Ergänzung der Verhandlungen erforderlich,[48] falls nicht die Klage wie angebracht zurückgewiesen werden muß.[49] Das Ergebniß der Nichtigkeitsbeschwerde kann danach sehr verschieden sein. Wird das angefochtene Urtheil nicht als nichtig erfunden, so erfolgt seine Bestätigung; im umgekehrten Fall dagegen tritt nicht immer seine Abänderung ein, da möglicher Weise die Prüfung der Hauptsache auf Grund der alten oder der eingeleiteten neuen Verhandlungen zu einem mit dem Inhalt des vorigen Urtheils übereinstimmenden Resultat, und somit gleichfalls zur Bestätigung führt. Abgeändert wird das vorige Urtheil nur dann, wenn es als nichtig und nach Lage der Sache zugleich als durch seinen Inhalt beschwerend erfunden wird.[50]

3. Besonders einflußreich für die Fortbildung der Nichtigkeitsbeschwerde in Deutschland ist aber die italienische Doctrin durch die Erörterung der Frage geworden, in welchem Verhältniß diese Beschwerde zur Appellation stehe, und — was damit zusammenhängt — unter welchen Umständen eine nichtige

48) Vgl. gl. Ab initio] ad l. 19 D. de app., gl. Denuo] ad. l. 4 C. quom. et qu. mit gl. Non possé] ad l. 62 D. de re jud., Durant. II. 3 de sententia §. 8 nr. 26, Cinus ad l. 4 C. quom. et qu. nr. 2, Bartolus ad l. 19 D. de app. nr. 1, Baldus ad l. 1 C. qu. prov. n. est nec. nr. 12, Angelus de Ubaldis ad l. 19 D. de app. nr. 5, Joa. Petr. de Ferrariis l. c. XXI. 4 nr. 10, Phil. de Franchis in repet. c. 63 X. de app. vers. Trigesimo octavo quaeritur, Vantius l. c. VI. nr. 128. Als Beispiel einer Ergänzung der Verhandlungen wird gewöhnlich der Fall der Nichtigkeit wegen des eingetretenen Todes einer Partei (§. 6 Note 1) angeführt.

49) Dieser Ausnahme thun die italienischen Juristen meist in anderem Zusammenhang Erwähnung. Sie bezeichnen dieselbe als eine Ausnahme von der Regel, daß der judex nullitatis das nichtige Urtheil durch ein neues ersetzen müsse; dies, sagen sie, finde nicht Statt, wenn das Verfahren auf einem libellus ineptus beruhe. Allein auch hier wird das vorige Urtheil nicht bloß für nichtig erklärt, sondern die Klage zugleich wie angebracht abgewiesen. Vgl. c. 3 X. de emt. vend. (3, 17). Das, was an der Sache richtig ist, möchte im Text durch die jener Ausnahme gegebene Beziehung getroffen sein. Uebrigens vgl. Baldus ad l. 2 C. de resc. vend. nr. 45, Petrus de Ancharano ad c. 3 X. de emt. vend., Alex. Tartagnus: Cons. II. 79 nr. 3, Felinus Sandeus ad c. 9 X. de off. jud. deleg. nr. 5, Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. vers. 32mo quaeritur, Vantius l. c. XIII. nr. 23.

50) S. die Citate der Note 47.

Sentenz gültig werden könne. Bei dieser Frage kommen drei Puncte in Betracht.

a. Wer gegen eine Sentenz um Restitution bittet, erkennt an, daß dieselbe nicht iniqua sei, und verschließt sich durch diese Anerkennung den Weg der Appellation. Beide Rechtsmittel sind also unverträglich, und werden sie mit einander cumulirt, so muß die Restitution vorläufig zurückgestellt werden.[51] Es könnte nun scheinen, ein gleiches Verhältniß finde zwischen der Appellation und der Querel Statt, in der Appellation liege das Anerkenntniß, daß das angefochtene Urtheil an einer Richtigkeit nicht leide. In der That war diese Ansicht, obschon mit Unterscheidungen, in älterer Zeit wohl aufgestellt worden,[52] allein von den Späteren wurde sie als mit dem Begriffe der Richtigkeit in Widerspruch stehend verworfen. Wenn man nichts desto weniger, gestützt auf das R. R.,[53] aus der Appellation des dominus gegen das von einem falsus procurator erwirkte ungünstige Urtheil den Ausschluß der Richtigkeitsbeschwerde folgerte, so glaubte man dadurch doch von der strengen Consequenz nicht abzuweichen,[54] weil man sich überzeugte, daß ein solches Urtheil nicht sowohl nichtig, als für den dominus unpräjudicirlich sei, und dieser Mangel durch die in der Appellation liegende Ratihabition der Proceßführung geheilt werde.[55] Unbedenklich dagegen wurde die Appellation nach vorausgegangenem Gebrauch der Rich-

---

51) S. §. 53 Note 9.

52) Ubertus de Bobio und Dinus nahmen dies an, vorausgesetzt, daß der Appellant von der Richtigkeit Kenntniß habe. Vgl. darüber Dur. II. 3 de sententia §. 8 nr. 25 und Bartolus ad l. 19 D. de app.

53) L. 3 §. 1 D. rat. rem hab. (46, 8): „Falsus procurator de rato habendo cavit, atque ita dominus a sententia judicis procuratore victo provocavit. Stipulationis defecisse conditionem apparuit, quum ad auxilium commune superatus confugisset.“ Vgl. dazu l. 56 D. de jud. (5, 1), l. 1 C. quibus res jud. non noc. (7, 56).

54) So schon die gl. Praescriptione] ad l. 19 D. de app. [„— Item eligit appellare errando, cum nullam dicere poterat; non ergo sibi praejudicat, ut l. 19 D. de inoff. test. et l. 8 D. de H. P. Item videtur contra l. 3 §. 1 D. rat. rem hab. Sol. ibi valuit judicium inter litigantes, licet non in praejudicium domini, sed hic (i. e. in l. 19 D. de app.) nullo modo, et ideo confirmari in hoc non potuit, ut arg. X. de app. c. inter ceteras (? c. 9 X. de sent. et re jud.)“]. Außerdem s. auch Durant. II. 3 de sententia §. 8 nr. 25, 26, Bartolus ad l. 19 D. de app. in pr., Baldus ad l. 1 C. qu. prov. non est nec. nr. 11, Joa. Petr. de Ferrariis l. c. XXI. 4 nr. 2, Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. vers. Octavo quaeritur.

55) L. 10 C. de proc. (2, 13), l. 1 C. quibus res jud. non noc. (7, 56). Zu weit geht der Ausdruck der l. 24 C. de proc.: — „si tamen falsus procurator inveniatur, nec dici controversiae solent, nec potest esse judicium.“

tigkeitsbeschwerde zugelassen, und das dieser Reihenfolge aus der Kürze der Appellationsfristen erwachsende factische Hinderniß in passender Weise dadurch beseitigt,[56] daß man den Appellanten anwies, unter Wahrung der Fatalien die Appellation eventuell mit der Nichtigkeitsbeschwerde zu verbinden, in der Formel „Dico sententiam nullam, et si qua est appello."[57] Der Richter mußte dann zuerst die Nichtigkeitsbeschwerde prüfen, in Folge jener Verbindung aber die günstigeren Wirkungen der Appellation und insbesondere den Suspensiveffect der Querel ganz eben so zu Gute kommen lassen, wie wenn auf die Nichtigkeit in Form einer Appellationsbeschwerde Bezug genommen worden wäre.[58]

b. Daran knüpfte sich die andere Frage, ob wenn ein nichtiges Urtheil in der Appellationsinstanz bestätigt werde, nachher noch die Querel statthaft sei. Diese Frage wurde durch eine Unterscheidung beantwortet. Wenn die Nichtigkeit, sagte man, sich weder aus den Acten ergebe, noch mittelst der Appellation zur Verhandlung gebracht worden sei, so stehe der nachfolgenden Querel Nichts im Wege. Im entgegengesetzten Falle dagegen werde durch das bestätigende Urtheil, wenn dieses nur nicht selbst wieder an der dem vorigen Urtheil anhaftenden oder einer anderen Nichtigkeit leide, die Querel ausgeschlossen und sogar der defectus jurisdictionis geheilt.[59] Man sprach damit aber nichts

56) Die späteren Juristen nehmen auch wohl an, der Lauf der Appellationsfristen werde durch die Nichtigkeitsbeschwerde sistirt, wenn diese nicht in calumniöser Weise erhoben sei. Vgl. die Nachweisungen bei Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. vers. Sexto quaeritur, und Vantius l. c. VIII. 12, 13. Diese Annahme läßt sich aber durch Nichts rechtfertigen.

57) Vgl. gl. Non obtinebit] ad l. 1 C. qu. prov. n. est nec., Innocent. ad c. 63 X. de app. nr. 2, Durant. II. 3 de sententia §. 8 nr. 28, IV. 2 de appell. judic. §. 1 nr. 10, 11, Bartolus ad l. 19 D. de app. nr. 4, Baldus ad l. 1 C. qu. prov. n. est nec. nr. 13, Joa. Petrus de Ferrariis l. c. XXI. 5 nr. 2, Alex. Tartagnus: Cons. III. 2, Phil. de Franchis in Rep. 63 X. de app. vers. Vicesimo primo quaeritur, Vantius l. c. VI. 9 sequ., 114. Die so häufig besprochene Frage nach der Zulassung jener Verbindung hatte deshalb ein höheres Interesse, weil die Behauptung der Nichtigkeit und die der Iniquität einander zu widersprechen schienen. Man setzte sich über dieses Bedenken hinaus durch die Berufung auf den gemeinen Gebrauch und auf den beiden Rechtsmitteln gemeinsamen Zweck.

58) Baldus ad l. 1 C. qu. prov. n. est nec. nr. 13 („Item totus processus debet discuti ex viva natura appellationis"), Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. vers. 54to quaeritur, verb. Tertio hoc ideo etc., Vantius VI. nr. 34, Scaccia: Tr. de appell. XIX. 1 concl. 4 nr. 92, 93, concl. 5 nr. 64.

59) Gl. Non obtinebit] ad l. 1 C. qu. prov. n. est nec. (unklar wird die Frage von gl. Praescriptione] ad l. 19 D. de app. und Dur. II. 3 de sent. §. 8 nr. 23 behandelt), Bartolus ad l. 19 D. de app. nr. 2, 3, ad l. 1

Anderes aus, als daß die Rechtskraft auch auf Nichtigkeiten in Anwendung komme. Bestätigt der Appellationsrichter das angefochtene Erkenntniß in einem Fall, in dem er ex officio oder zufolge einer Appellationsbeschwerde die etwaige Nichtigkeit hätte berücksichtigen müssen, so erklärt er dadurch, daß eine Nichtigkeit nicht vorliege, und geht dieses Urtheil in Rechtskraft über, so kann die rechtskräftig verworfene Nichtigkeit nicht nochmals Gegenstand der richterlichen Beurtheilung sein. Es ist also die auf positiver Vorschrift beruhende Kraft der richterlichen Urtheile, welche möglicher Weise ein nichtiges Urtheil gültig macht.

c. Aehnlichen positivrechtlichen Gründen begegneten aber die italienischen Juristen auch sonst noch. Wenn der princeps einen Rechtsstreit aus höchster Machtvollkommenheit entschieden hatte, so that der Mangel der gewöhnlichen Erforderniſſe dem Bestande seines Urtheils keinen Eintrag.[60] Oder waren im Verfahren eines geistlichen Gerichts Nichtigkeiten mit untergelaufen, so konnten sie bis zum Urtheil durch päpstliche Dispensation unschädlich gemacht werden.[61] Dieselbe Kraft legte man dem Willen der Parteien bei, wenn diese sich zum Voraus verpflichtet hatten, das erwartete Urtheil nicht als nichtig anzufechten.[62] Und nicht minder den die

---

C. qu. prov. n. est nec. nr. 10, 11, Baldus ad eand. leg. nr. 8 sequ., Angelus ad l. 19 D. de app. nr. 2, Joa. Petr. de Ferrariis l. c. XXI. 5 nr. 2 in f. — 4, Alex. Tartagnus: Cons. V. 111, Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. vers. Quadragesimo primo quaeritur, Vantius l. c. XIV. nr. 132, Scaccia l. c. (Note 58) XI. nr. 114 sequ.

60) Vgl. Bartolus ad l. 39 pr. D. de minor. nr. 5, Angelus de Ubaldis ad l. 31 D. de leg. nr. 2, Panormitanus ad c. 19 X. de sent. et re jud. nr. 1, Alex. Tartagnus: Cons. VII. 52 nr. 10, Decius: Cons. 631 nr. 3, 699 nr. 16, Maranta: Aur. prax. VI. de citatione nr. 3, und besonders Vantius l. c. V. 13 sequ., Scaccia l. c. XIX. 1 concl. 2 nr. 20—32.

61) Vgl. Lud. Gomes: Utriusque signaturae compendium fol. 166 sequ. (der ed. Paris. 1554), Vantius l. c. XIV. nr. 110, 125. Diese Rescripte bewirkten nachträglich dasselbe, was von vornherein die Commissionen bezweckten, von denen die Clem. Saepe [c. 2 Clem. de V. S. (5, 11)] handelt.

62) Arg. l. 6 D. de feriis (2, 12), c. 4 pr. X. de off. et pot. jud. deleg. (1, 29). Vgl. dazu Angelus de Ubaldis in Rep. l. 40 §. 1 D. de pactis nr. 17, Felinus Sandeus ad c. 4 X. de off. jud. deleg. nr. 7, Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. vers. Quinquagesimo quaeritur, Vantius l. c. IV. 37, XIV. 18, 19. Die l. 2 C. comm. utr. jud. (3, 38) handelt von der nachfolgenden Zustimmung der Parteien, über welche sich Bartolus ad l. 19 D. de app. nr. 2 so ausdrückt: „Nam partis consensus non potest validare sententiam, ut valeat ut sententia, sed bene posset facere, ut valeat ut pactum.“

Nichtigkeitsbeschwerde ausschließenden Statutarrechten.[63] In allen diesen Fällen mußte ein an sich nichtiges Urtheil um eines äußeren Grundes willen als gültig angesehen werden. Daß indeß nicht alle Nichtigkeiten eine solche Behandlung zuließen, war kaum zu verkennen. So konnte z. B. vom Landesherrn auch aus der Fülle seiner Macht gegen Kleriker kein Urtheil gesprochen, der Mangel des Gehörs durch kein päpstliches Rescript ersetzt, ein auf Unmögliches oder Widersprechendes gerichtetes Urtheil durch die Uebereinkunft der Parteien nicht gültig gemacht werden. Es kam also darauf an, die Möglichkeit der bezeichneten Einwirkungen auf das rechte Maaß zurückzuführen, und zu diesem Zweck schlugen die italienischen Juristen folgenden Weg ein. Sie erkannten, daß das judicium gewisse Momente habe, ohne welche es sich gar nicht denken lasse, weil sich dieselben unmittelbar aus seinem Wesen und Begriff ergäben, daß andere Momente nicht so geartet seien, sondern auf positiver Vorschrift beruhten, und vorzugsweise (wenn auch nicht ausschließlich) in Formen beständen, welche secundären Zwecken dienten. Jene nun leiteten sie aus dem jus naturale, diese aus dem jus civile s. positivum ab, und schlossen danach ganz consequent, daß durch die positive Einwirkung des Landesherrn, des Papstes, der Parteien oder des Statutarrechts zwar der Mangel der letzteren, nicht aber der der ersteren unschädlich gemacht werden könne.[64] In diesem Sinn unterschieden sie unheilbare und heilbare Mängel.[65] Dabei handelte es sich

---

63) Auf statutarische Bestimmungen dieser Art verweisen Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. vers. 52do quaeritur, Vantius l. c. IV. 37, 55, Scaccia l. c. XIX. 1 concl. 2 nr. 33. Uebrigens vgl. auch c. 1 in f. Clem. de sequ. fr. et poss. (2, 6) und die gl. Non obstante] ad h. l.

64) Einen gesetzlichen Anhalt für diese Auffassung boten das c. 2 Clem. de sent. et re jud. (2, 11) [„— cum illa imperatori tollere non licuerit, quae juris naturalis existunt"] und das c. 2 (Saepe) Clem. de V. S. (5, 11), das letztere insofern, als es für das außerordentliche (s. g. unbestimmt summarische) Verfahren eine große Menge der im ordentlichen Verfahren zu beobachtenden Formen und Solennitäten aufgab, alle wesentlich zur Instruction dienlichen Bestandtheile dagegen festhielt. Rücksichtlich der Doctrin finden sich die einschlagenden Belege in den Noten 60—63. Eine eingehende Erörterung des im Text hervorgehobenen Gegensatzes gibt Bartolus: De summaria cognitione (ed. Briegleb) s. v. Sine figura].

65) Der Sache nach thaten dies bereits alle die in den Noten 60—63 citirten Schriftsteller. Der Ausdruck „defectus sanabiles" und „defectus insanabiles" kommt aber erst spät vor; Vantius l. c. IX. nr. 6, XI. nr. 60, 61 und Petrus Follerius in add. ad Marantae aur. prax. IV. dist. 16 nr. 22 in f. schreiben seine Erfindung übereinstimmend den Moderni zu, und nennen speciell zwei Schriftsteller aus der ersten Hälfte des 16. sec., Staphileus:

jedoch nur um die Voraussetzungen der Urtheile. Trat einem heilbaren Mangel ein Umstand entgegen, welcher die Heilung bewirkte, so war das Urtheil von Anfang an gültig. Daß ein anfänglich nichtiges Urtheil nachträglich gültig werde, konnte in den genannten Fällen nicht vorkommen. Allerdings aber war dies in einem anderen derartigen Falle möglich. Die Statutarrechte schränkten nämlich die Nichtigkeitsbeschwerde mitunter auf eine kürzere Zeit ein. Wenn dann das Urtheil wegen eines defectus insanabilis nichtig war, so sollte die Querel nach der Ansicht der Juristen trotz der Fristversäumung verfolgt werden können. Beruhte dagegen die Nichtigkeit auf einem defectus sanabilis, so wurde das Urtheil durch den Ablauf der Frist sowohl gegen die Querel, als gegen die aus seiner Nichtigkeit entspringende Einrede gesichert, wurde also unanfechtbar und von der ihm anhaftenden Nichtigkeit geheilt.[66] Wie sich denn in diesem Zusammenhang auch eine Heilung von Nichtigkeiten denken ließ, die erst mit dem Urtheil entstanden waren, im Urtheil ihren eigentlichen Sitz hatten, z. B. auf einem Mangel in der Form der Publication beruhten. Ueber die Frage jedoch, welche einzelnen Mängel heilbar, welche unheilbar seien, hat sich eine abgeschlossene Ansicht in der italienischen Doctrin nicht gebildet; als unheilbare Mängel werden häufig die defectus jurisdictionis, mandati et citationis neben einander gestellt, offenbar ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Man sah nach dem obigen Unterscheidungsmerkmal jeden einzelnen Fall besonders an. Niemals aber sind die italienischen Juristen auf den Gedanken gekommen, die Heilbarkeit nach der Möglichkeit eines Verzichts auf die Nichtigkeitsbeschwerde zu bestimmen, und für heilbar die einen solchen zulassenden Nichtigkeiten zu erklären.[67] Obschon Einige die Versäumung der statutarischen Frist als Verzicht auffaßten, so haben sie doch practisch diese Auffassung nur in Bezug auf die eine Frage verwerthet, ob die Fristversäumniß auch die Geltendmachung notorischer Nichtigkeitsgründe ausschließe.[68]

Tr. de litteris gratiae, fol. 145 und Lud. Gomes l. c. (Note 61) fol. 165 in f. sequ. (der ed. Paris. 1554).

66) Vgl. über diesen Fall Alex. Tartagnus: Cons. VI. 225, Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. vers. 54to quaeritur, Vantius l. c. VIII. nr. 8 in f., Scaccia l. c. XIX. 1 concl. 4 nr. 54—59.

67) Dies ist ein neuerdings besonders von Gönner: Handbuch III. 64 ausgebildeter Irrthum.

68) Vgl. Lancelottus: Tr. de attentatis II. 17 nr. 129 sequ., Scaccia l. c. XIX. 1 concl. 4 nr. 45.

4. Hiernach werden sich nun die Vorschriften, welche die Reichsgesetze aufstellen, leicht verstehen lassen. Sie gehen davon aus, daß die Nichtigkeitsbeschwerde auch an das höhere Gericht, von den Landesgerichten also an das R. K. Gericht, und wenn gegen ein nichtiges Urtheil des R. K. Gerichts selbst gerichtet, vermittelst der Supplication an die Visitations-Commission gebracht werden könne.[69] Im Uebrigen enthalten sie vorzugsweise Beschränkungen dieses Rechtsmittels. Sie verlangen zu seiner Begründung die Angabe des Nichtigkeitsgrundes,[70] unterwerfen dasselbe der summa appellabilis[71] und revisibilis,[72] und lassen seine Ausschließung, wie es bereits in Italien geschehen war, auch zufolge verschiedener anderer Umstände eintreten.

a. Die Cumulation der Querel mit der Appellation ist nicht bloß für statthaft erklärt, sondern geradezu vorgeschrieben, so oft sich eine Partei des einen und anderen Rechtsmittels zu bedienen gedenkt.[73] Es soll dadurch der „Verzug zwiefältiger Rechtfertigung" verhütet werden. Demnach schließt der Gebrauch, d. i. die Introduction der Appellation die Nichtigkeitsbeschwerde aus, wogegen die Versäumung der Appellationsfristen die beschwerte Partei nicht hindert, die Nichtigkeitsbeschwerde allein, oder wie man dies gegen den gemeinen Sprachgebrauch späterhin (zuerst in der K. G. O. von 1555) ausdrückte, principaliter[74] einzubrin-

69) R. A. von 1532 tit. 3 §. 17, K. G. O. von 1555 III. 53 §. 1, 5, 6, 10, Conc. von 1613 III. 63 pr., 13, 14, 18. Vgl. auch R. H. R. O. von 1654 tit. 5 §. 7.

70) K. G. O. von 1527 §. 23, von 1555 III. 34 §. 4, Conc. von 1613 III. 40 §. 4.

71) R. A. von 1570 §. 69 vgl. mit §. 66, Dep. A. von 1600 §. 14, Conc. der K. G. O. von 1613 II. 31 §. 5.

72) Dies ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben, ergibt sich aber daraus, daß die Querel gegen nichtige Urtheile des R. K. Gerichts die Form der Revision annahm, und die Revision ganz allgemein durch den J. R. A. §. 127 der summa revisibilis von 2000 Rthlr. unterworfen wurde.

73) K. G. O. von 1521 tit. 21 §. 1, von 1523 tit. 5 §. 6, von 1555 III. 34 §. 1, Conc. von 1613 III. 40 pr.

74) Dieser Sprachgebrauch ergibt sich aus der Vergleichung der K. G. O. von 1555 III. 34 §. 2 mit §. 3. Danach würde auf die durch die Formel „Dico sententiam nullam et si qua est appello" in Verbindung mit der Appellation verfolgte Nichtigkeit incidenter, nicht principaliter geklagt sein. Diese Auffassung hat allerdings die gl. Non obtinebit] ad l. 1 C. qu. prov. n. est nec. und die Meinung des Salicetus ad l. 1 C. si de moment. poss. fuerit app. und ad l. 1 C. qu. prov. n. est nec. für sich, indeß die Natur der Sache, wie Alex. Tartagnus: Cons. III. 2 nr. 13, 14 sehr gut ausführt, und die Auctorität der übrigen Juristen gegen sich. Vgl. außer den von Alex. Tartagnus l. c. Citirten auch Baldus ad l. 1 C. qu. prov. n. est nec. nr. 13, Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. vers. Vigesimo sexto

gen.[75] Im Falle der Cumulation aber wird über Nullität und Iniquität durch alle Termine gleichzeitig verhandelt und wie in einfachen Appellationssachen verfahren. Jedoch ist das Gericht befugt, auch vor der Litis Contestation und ex officio endlich über die Nullität zu sprechen, wenn sich dieselbe aus den Acten der vorigen Instanz ergibt, und in der Hauptsache doch nur die Abweisung der Klage wie angebracht, kein eigentliches Enderkenntniß möglich ist (wenn „sich aus denen Actis erster Instanz eine öffentliche Nullität befünde, welche in anderer Instanz nicht ratificirt werden möchte"), wie z. B. wenn das vorige Verfahren auf einer unbegründeten Klage beruhte, oder vor einem incompetenten Richter Statt gefunden hatte u. s. w.[76]

b. Wenn die Nichtigkeit ihren Sitz im Verfahren hat, die merita causae aber nicht berührt, so sollen die vorigen Processe der bloßen Unförmlichkeit wegen als nichtig nicht verworfen, sondern darauf in der Hauptsache erkannt werden, was Recht ist.[77]

---

quaeritur, Vantius l. c. VI. 12, 114. Die practische Bedeutung der Frage aber ist die, daß, wenn die Nichtigkeit in jenem Fall incidenter verfolgt ist, ihre Berücksichtigung wegfällt, sofern aus einem formalen Grunde die Appellation unstatthaft sein oder desert werden sollte, was bei der Annahme einer principalen Verfolgung nicht der Fall ist.

75) Vgl. Mynsinger: Obs. II. 77 nr. 5, IV. 63 nr. 7, Gaill: Obs. I. 127 nr. 8.

76) R. G. O. von 1555 III. 34 §. 2, Conc. von 1613 III. 40 §. 2. Diese Gesetze lauten im Wesentlichen übereinstimmend so: „Und soll also die Nullität, so incidenter und nicht principaliter fürgenommen, neben und mit der Iniquität zugleich auf alle Termine ausgeführt — werden; es wäre dann, daß sich aus denen Actis erster Instanz eine öffentliche Nullität befünde, welche in anderer Instanz nicht ratificirt werden möchte, alsdann sollen Unser Cammerrichter und Beisitzer auch vor der Kriegsbefestigung und ex officio darüber endlich zu sprechen und zu erkennen Gewalt und Macht haben." Die Erklärung dieser Worte ergibt sich aus dem oben zu den Noten 48 und 49 im Text Bemerkten. Die Oeffentlichkeit der Nullität allein macht ein weiteres Verfahren nicht unnöthig, da der Richter auch in der Hauptsache erkennen muß. Ist aber zugleich die Lage der Hauptsache von der Art, daß es jedenfalls zur absolutio ab instantia kommt, daß also weder auf das vorige Verfahren erkannt (wie z. B. wenn die Nullität in diesem selbst ihren Sitz hat), noch durch Wiederholung oder Ergänzung des Hauptverfahrens die Nichtigkeit beseitigt (ratificirt) werden kann, so bedarf es keiner Litis Contestation. Diese Erklärung wird bestätigt durch Mynsinger: Obs. IV. 63 nr. 4, und besonders durch Gaill: Obs. I. 66 nr. 2, 127 nr. 1 cum 3 in f. Ungenügende Erklärungen geben Röder a. a. O. (Note *) S. 117, Bardeleben l. c. (Note *) p. 89 sequ., Linde II. §. 255.

77) S. die Citate der Note 73 und das Conc. von 1613 III. 40 §. 1. In diesen Stellen heißt es wesentlich übereinstimmend so: „Und so der Cammerrichter und Beisitzer solche angezogen Nichtigkeit nicht dergestalt erfünden, daß dadurch der Partei in der Hauptsach ein unwiderbringlichs Unrecht geschehen, sollen dieselbige vorige Proceß anderer Unförmlichkeit halben als nichtig nicht verworfen, sondern darauf in der Hauptsach erkannt

Die Cameralisten erklären dies in zutreffender Weise[77a] daraus, daß der Kaiser, welcher vom R. K. Gericht vertreten werde, sola facti veritate inspecta judicire, und alle Mängel, durch welche der Partei ein unwiederbringlich Unrecht in der Hauptsache nicht geschehe, unbeachtet lasse.[78] Die Nichtigkeit wird, wo sie von solcher Beschaffenheit ist, wie aus kaiserlicher Machtvollkommenheit geheilt betrachtet, und da somit nur in Frage kommt, ob das angefochtene Urtheil eine materielle Verletzung enthalte, so hat hier in der That die Nichtigkeitsbeschwerde keine andere Aufgabe, als die Appellation.

c. Bis zum J. R. A. war die Nichtigkeitsbeschwerde nur in Verbindung mit der Appellation den Appellationsfristen unterworfen; allein konnte sie, wenn nicht durch die einseitige Ausführung der Appellation verwirkt (Note 73), bis zum Ablauf der gewöhnlichen Verjährungszeit verfolgt werden. Dieser Zustand hatte vor Allem den Nachtheil einer großen Rechtsunsicherheit, außerdem aber den anderen, daß zur großen Belästigung der Gerichte unbegründete Nichtigkeitsbeschwerden in den oft schwer zu bestimmenden Grenzen zwischen Nullität und Iniquität einen bequemen Vorwand fanden. Diese Nachtheile kamen in den dem J. R. A. vorausgehenden Verhandlungen zur Sprache.[79] Nun hätte man wohl dem ersten derselben durch die bloße Abkürzung der dreißigjährigen Verjährungsfrist abhelfen können, wie es in Sachsen ge-

werden, was Recht ist." Auf denselben Gegensatz deuten die K. G. O. von 1555 II. 28 §. 5 und das Conc. von 1613 II. 31 §. 14, welche von der Nichtigkeitsbeschwerde in Criminalsachen handeln: „Doch da sich Jemand an dem Cammergericht beklagen würde, daß in peinlichen Sachen sein unaufgefordert und ungehört und also nichtiglich, oder sonst wider natürliche Vernunft und Billikeit wider ihn procedirt, gehandelt und geurtheilet, und derhalben principaliter auf die Nullität um Proceß ansuchen würde, — — alsdann soll der ansuchenden Partei solcher Nichtigkeit halben Ladung erkannt und darauf rechtliche Hülfe mitgetheilt — — werden." Die Negative würde, wenn ausgedrückt, hier wesentlich eben so gelautet haben, wie in den zuvor citirten Stellen.

77a) Vgl. das in §. 33 Note 25, 26 unter Bezugnahme auf Hincmari Rem. epist. de ord. pal. c. 21 Bemerkte.

78) Gaill: Obs. I. 42 nr. 1—4, 75 nr. 5 sequ., 84 nr. 4, 5, Joa. Emer. a Rosbach: Praxis civil. tit. 72 nr. 40. Ueber die Sache s. auch Mynsinger: Obs. I. 27, V. 93.

79) Diese finden sich bei Meiern: Acta comitialia Ratisbonensia, Gött. 1740 Th. II., und im Auszug bei Röder a. a. O. (Note *) §. 11 und Linde II. §. 252. Der erste der genannten Nachtheile wurde von Baiern — Meiern II. 10 S. 163 —, der andere im Gutachten der Reichsdeputation vom 20. Juni 1644 unter 11 — Meiern II. 10 S. 202 —, und in dem unter dem 20. Dec. 1653 an den Kaiser abgegebenen allgemeinen Reichsgutachten unter 11 — Meiern II. 12 S. 444 — hervorgehoben.

schehen war, wo die Querel in der kurzen Frist von 6 Wochen und 3 Tagen erhoben werden mußte.[80] Dann aber wäre immer noch der zweite Nachtheil geblieben. Und hätte man, um auch diesem zu begegnen, die Nichtigkeitsbeschwerde den Appellationsfristen unterworfen und überhaupt beide Rechtsmittel identificirt, so würde sich für viele und die wichtigsten Nichtigkeitsgründe die Kürze der Frist als ein neuer Uebelstand erwiesen haben.[81] Man schlug daher einen Mittelweg ein, welcher zugleich den Vortheil hatte, eine consequente Fortbildung des bisherigen Rechts zu sein; auf gewisse Nichtigkeitsgründe wandte man die Regeln der Appellation an, für andere beließ man es beim bisherigen Recht. Es ist dabei von der unter b. besprochenen Bestimmung der Reichsgesetze über diejenigen Nichtigkeiten auszugehen, welche auf einem Mangel der Form beruhen. War es dahin gekommen, daß die wegen eines solchen Mangels erhobene Nichtigkeitsbeschwerde der Sache nach nicht mehr und nicht weniger als die Appellation bedeutete, so war weder die verschiedene Befristung, noch die verschiedene processualische Behandlung beider gerechtfertigt, und dies ist es, was der J. R. A. aussprach.[82] Während er (§. 122) für „Nullitäten, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Partei oder aus den substantialibus des processus nach sich führen," die „Disposition der gemeinen Rechte" bestätigte, verordnete er (§. 121) in Betreff der übrigen Nichtigkeiten, daß „a sententia tam nulla quam iniqua das fatale interponendae observirt" werden solle. Freilich bezieht sich diese Anordnung dem Wortlaut nach bloß auf die Wahrung der 10tägigen Interpositionsfrist. Allein nicht bloß ihr eben besprochener Zusammenhang mit dem bisherigen Recht, sondern auch die vorausgegangenen reichsständischen Verhandlungen[83] beweisen, daß es sich

---

80) Vgl. Carpzov: Definit. I. 26 d. 21 nr. 11.

81) Dies Bedenken wurde in den einleitenden Verhandlungen von Pommern geltend gemacht. S. Meiern II. 10 S. 163.

82) Zuerst stellt in den Verhandlungen der Reichsstände die von der ordentlichen Reichsdeputation am 13. Nov. 1653 den Ständen erstattete Relation jene Unterscheidung auf. S. Meiern II. 12 S. 419.

83) In dem am 20. Dec. 1653 verglichenen allgemeinen Reichsgutachten erklären unter 11. die Reichsstände ihre Meinung dahin, daß durch künftigen Reichsabschied zu sanciren wäre, „quod fatale interponendae appellationis tam a sententia injusta, quam a sententia nulla, wenn die nullitas ex formalitate et subtilitate processus herfließet, decendium esse, ita et fatale introducendae, prout in appellatione a sententia iniqua sub praejudicio desertionis observari debeat —."

geradezu um die völlige Gleichstellung beider Rechtsmittel handelte.[84] Wie wäre es auch denkbar, daß der J. R. A., wenn er die Querel in jenem ausgesonderten Gebiet anders als die Appellation hätte behandelt wissen wollen, über das der Interposition nachfolgende Verfahren so gänzlich mit Stillschweigen hinweggegangen wäre. Ohnehin entsprach es der damaligen Sitte, daß die Nichtigkeitsbeschwerde bei dem oberen Richter eingeführt zu werden pflegte,[85] und wollte der Querulant seinem Rechtsmittel den Suspensiveffect sichern, so konnte er dies auch bisher schon dadurch bewirken, daß er es in den Namen und die Form der Appellation kleidete.[86] — Einredeweise läßt sich übrigens die heilbare Nichtigkeit jedenfalls nicht mehr verfolgen.[87]

d. Suchen wir aber das Gebiet genauer zu bestimmen, für welches diese Umwandlung der Nichtigkeitsbeschwerde berechnet ist, so finden wir dasselbe nur negativ bestimmt; es sind ihm alle Nichtigkeiten zugewiesen, welche nicht insanabilem defectum aus

---

Hier ist also ausgesprochen, daß die Querel wegen heilbarer Nichtigkeiten nicht bloß rücksichtlich der Interposition, sondern auch in Betreff der Introduction der Appellation gleichgestellt werden solle. Diesen Antrag aber genehmigte der Kaiser, und wenn daher die Erwähnung der Introduction in den Reichsabschied nicht übergegangen ist, so kann der Grund nur darin liegen, daß man das decendium interponendae als das Merkmal der völligen Gleichstellung betrachtete. Vgl. auch die in Note 82 citirte Relation der Reichsdeputation.

84) Folgeweise mußte die Nichtigkeitsbeschwerde in Ermangelung der Appellationssumme nach dem Dep. A. von 1600 §. 16 und dem J. R. A. §. 113 die Form der Revision annehmen.

85) Vgl. Gaill: Obs. I. 127 nr. 6 mit nr. 7 [„Hodie tamen ex usu fori ubique fere obtinuit, quod judex appellationis et sic superior super nullitate principaliter cognoscenda adeatur, praesertim si nullitas ex malitia vel injuria aut turpitudine judicis proveniret“], und Emer. a. Rosbach: Prax. civ. tit. 72 nr. 6, wogegen Wurmbser: Pract. obs. XXXV. 24 und Mynsinger: Obs. V. 92 auf diesem Punct nur die Lehre der Italiener vortragen, ohne jenen Gerichtsgebrauch zu erwähnen.

86) S. Note 9. — Mit dem Vorstehenden stimmen überein Coch: Prax. fori germ. IV. 27 §. 4, Cramer: Syst. proc. imp. §. 1348, Seyfart: Teutsche R. P. c. 31 §. 4, Pütter l. c. (Note *) §. 24, 68, N. E. §. 382, Hanzely: Anleitung zur neuesten R. H. R. Pr. II. §. 1246, 1247, Danz: Grundsätze des Reichsgerichts-Pr. §. 339, Röder a. a. O. (Note *) §. 29, Franke a. a. O. (Note *) XIX. S. 411, Strippelmann: Neue Sammlung IV. 2 S. 299 Note 3. A. M. sind die meisten Neueren, indem sie die querela nullitatis sanabilis nicht als ein der Appellation gleich zu behandelndes Rechtsmittel ansehen, im Einzelnen jedoch wieder weit auseinander gehen, häufig ohne die erforderliche historische Einsicht. Vgl. z. B. Linde II. §. 259 fg., Schmid: Handbuch III. §. 243.

87) Grolman: Theorie §. 218, Schmid a. a. O. III. §. 243 Note 26. Der Grund liegt nicht in der Kürze der Frist, nam quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua (s. Note 36), sondern in der vorgeschriebenen Form der Interposition. Dies verkennt Linde II. §. 264.

der Person des Richters, der Partei oder aus den substantialibus des Processes haben. Zweifelhaft erscheint hiernach zunächst, ob diejenigen Mängel, welche unmittelbar im Urtheil liegen, auch wenn sie unheilbar sein sollten, in jener negativen Bestimmung begriffen seien.[88] Dafür scheint zu sprechen, daß auch bei derartigen Nichtigkeiten dem Richter keine andere Aufgabe gestellt ist, als die dem Appellationsrichter obliegende, die nämlich, nach dem Inhalt der Verhandlungen das angefochtene Urtheil zu prüfen und nöthigenfalls durch ein neues zu ersetzen. Allein einestheils würde das Gesetz nicht bewirken können, daß ein Urtheil, welches weder Condemnation noch Absolution, oder Unmögliches, oder Widersprechendes u. s. w. enthält, in Folge des Ablaufs des decendium gültig werde, und anderntheils zählen die älteren Juristen in der That auch das Urtheil zu den Substantialien des Processes.[89] Wir dürfen daher unbedenklich annehmen, daß der J. R. A. (in §. 121) nur die heilbaren Nichtigkeiten, diese aber auch sämmtlich dem Appellationsverfahren habe unterwerfen wollen.

Der Gegensatz der heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten ist nun schon früher[90] erläutert worden. Danach bedarf es keiner besonderen Rechtfertigung, daß das gedachte Reichsgesetz die Mängel aus der Person des Richters und der Parteien als unheilbar bezeichnet; hat die Nichtigkeit ihren Grund in der Inhabilität, der Verdächtigkeit, der objectiven oder subjectiven Incompetenz des Richters, oder entspringt sie aus dem Mangel der legitima persona standi in judicio, aus dem Mangel der Vollmacht oder eines anderen die Vertretung begründenden Umstandes, so ist sie immer unheilbar.[91] Was dagegen den defectus ex substantialibus processus anbelangt, so ist es nicht so unzweifelhaft, daß derselbe an sich schon unheilbar sei, und in jenem Gesetz auch nur der größeren Klarheit wegen (also pleonastisch) als unheilbar bezeichnet werde. Da der J. R. A. die substantialia processus den Proceßsubjecten

88) Die verschiedenen Ansichten hat Bardeleben l. c. (Note *) p. 96 zusammengestellt, mit Beziehung auf Röder a. a. O. (Note *) S. 62 fg.

89) Dies that Bardeleben l. c. p. 70 sequ., p. 99 sequ. dar. An der letzteren Stelle weist er namentlich darauf hin, daß die ältere Jurisprudenz unter „processus" bald das judicium, d. h. die Summe der einen Proceß bildenden Momente, bald den ordo judicii, d. h. die Aufeinanderfolge der Proceßhandlungen verstehe, und daß der J. R. A. keinen anderen als jenen ersten Begriff könne zu Grunde gelegt haben.

90) S. Note 64, 65.

91) Vgl. zu Vorstehendem §. 9 Note 27, §. 12 Note 36, §. 36 Note 11—13, 40, §. 39 Note 18, §. 44 Note 60.

(im Sprachgebrauch der scholastischen Jurisprudenz causa efficiens genannt[92]) entgegensetzt, so ist darunter das von diesen gewirkte Verfahren (die causa substantialis) zu verstehen, somit die „actus substantiales, prout est libellus, litis contestatio, juramentum calumniae, probatio et alii similes." Bei einigen Acten aber, wie bei der publicatio attestationum, der conclusio in causa, welche offenbar Bestandtheile des Verfahrens bildeten, war es bestritten, ob sie zu den Substantialien gehörten,[93] und daraus ersieht man, daß der Ausdruck substantialia judicii in einem doppelten Sinne gebraucht wurde, bald für die Bestandtheile des Verfahrens schlechthin, bald für die wesentlichen Bestandtheile, oder mit anderen Worten, daß es substantialia juris positivi und substantialia juris naturalis gab.[94] Jene waren Acte von rein formeller Bedeutung, und ihr Mangel daher heilbar, diese waren wesentliche Acte und somit bei ihnen allein ein insanabilis defectus ex substantialibus processus denkbar. Indeß hatten im damaligen Processe die dem jus naturale angehörigen actus substantiales selbst wieder ein formelles Element, der libellus die schriftliche Form, die litis contestatio die Einheit des Acts u. s. w., und daß diese Formen gleichfalls nicht wesentlich seien, deutete die clem. Saepe[95] an, indem sie in dem von ihr regulirten außerordentlichen, s. g. unbestimmt summarischen Verfahren sowohl den Klaglibell als die Litis Contestation, d. h. die regelmäßige Form dieser Acte für unnöthig erklärte. Auch im ordentlichen Verfahren mußte demnach der Mangel dieser Form für heilbar erachtet, so wie überhaupt bei Bestimmung der wesentlichen und nothwendigen Substantialien von den Formen und Solennitäten des positiven

---

92) Vgl. hierüber und über die folgenden, in Klammern gesetzten Ausdrücke Maranta: Aur. prax. II. nr. 15 sequ.

93) Maranta l. c. II. nr. 28 vgl. mit VI. de conclusione in causa, nr. 9 und dem Citat der folgenden Note.

94) Maranta l. c. VI. de processus publicatione, nr. 4: „An autem possit omitti ista publicatio, et si procedatur ad ulteriora ea non facta, an valeat processus? Communis conclusio est, quod sic: — — tanto magis hodie in Regno, per jura etenim municipalia saepius allegata sunt sublata omnia substantialia judiciorum juris positivi, et sic potest sine dubio omitti publicatio." Im Sinne der wesentlichen Bestandtheile gebraucht Vantius l. c. XIII. nr. 9 sequ. den Ausdruck „substantialis processus", wenn er sagt „substantia dicitur natura necessaria et inevitabilis." Welche Verwirrung übrigens rücksichtlich dieser Begriffe herrscht, ersieht man aus den von Vantius l. c. XIII. nr. 16 sequ. angestellten Untersuchungen.

95) C. 2 Clem. de V. S. (5, 11).

Rechts (der causa formalis) ganz abgesehen werden. Und erst hiermit erhält der Ausdruck des J. R. A. seine rechte Bedeutung; nicht einzelne abgeschlossene Proceßacte sind es, deren Mangel als unheilbar zu betrachten ist, sondern das zu einem processualischen Verfahren wesentlich Gehörige.

In den Parteihandlungen aber kann, abgesehen von persönlichen Mängeln der Parteien, die Nichtigkeit eines Urtheils ihren Grund nicht haben. Denn keine Parteihandlung ist absolut nothwendig. Unterläßt eine Partei das zu thun, was ihr aufgegeben worden ist, so unterliegt sie der entsprechenden Contumacialstrafe, und wird ein unbegründeter, mangelhafter Angriff, statt abgewiesen zu werden, vom Richter in Betracht gezogen, so findet gegen das darauf gestützte Urtheil nur die Appellation Statt. Allerdings ist kein Urtheil ohne Klage möglich. Wenn aber z. B. auf Grund der Compensationseinrede die Verurtheilung des Klägers erfolgt, so kann die Nichtexistenz eines Klagantrags zwar als die Voraussetzung (conditio sine qua non), nicht aber als der Grund (causa efficiens) der Nichtigkeit angesehen werden; dieser liegt in der Verletzung des Verhandlungsprincips. Eben so ist eine Verurtheilung ohne vorausgegangene (wirkliche oder fingirte) Litis Contestation nichtig; die unterbliebene Einlassung des Verklagten aber ist wieder nur die Voraussetzung der Nichtigkeit, welche ihren Grund in der Versagung des rechtlichen Gehörs hat. Daraus ergiebt sich, daß man, um zu bestimmen, unter welchen Umständen ein insanabilis defectus ex substantialibus processus vorhanden sei, von den Principien der richterlichen Thätigkeit ausgehen müsse, wie schon die älteren Juristen dadurch anerkannt haben, daß sie als constantes Beispiel eines solchen Mangels den defectus citationis anführen. Man wird also vor Allem als unheilbar nichtig die Urtheile zu betrachten haben, welche so, wie sie sind, in Folge einer Hintansetzung des Verhandlungsprincips oder des Grundsatzes des gegenseitigen Gehörs geworden sind;[96] dann aber

96) S. §. 43 unter 1. und 2. Das ursachliche Verhältniß, welches der Text fordert, fehlt z. B. dann, wenn der Richter im Laufe des Beweisverfahrens einen Zeugen ohne Antrag abgehört und dessen Aussage zur Begründung seines Urtheils verwandt hat. Hier ist zwar das Zeugenverhör nichtig, der Probat aber kann das ihm ungünstige Urtheil doch nur mit der Appellation anfechten. Denn daß das Urtheil zu seinem Nachtheil ausgefallen ist, beruht auf einem Fehler in judicando. Der Richter hätte in diesem Fall die Aussage des Zeugen eben so wohl unberücksichtigt lassen sollen, wie er es thun muß, wenn ein erwiesener Maßen inhabiler Zeuge vernommen worden ist. — Zu diesem Resultat ge-

auch diejenigen, denen der Character eines Urtheils fehlt, sei es, daß sie auf objectiv unrichtigen Vordersätzen beruhen, wie namentlich, wenn sie contra jus in thesi clarum oder actenwidrig sind,[97] sei es, daß sie ein durch früheres Urtheil bereits entschiedenes, also nicht mehr streitiges Rechtsverhältniß entscheiden,[98] oder daß sie weder Condemnation noch Absolution,[99] oder etwas Unmögliches,[100] oder Widersprechendes,[101] oder Unbestimmtes[102] enthalten. Ein Urtheil, welches an einem dieser Mängel leidet, ist eben so unheilbar nichtig, wie wenn ein Mangel in der Person des Richters oder der Parteien[103] in Frage stände.[104]

5. Nachdem so die Grenzen bezeichnet worden sind, welche der J. R. A. der Anwendung der querela nullitatis in ihrer ursprünglichen Form gesteckt hat, ist noch auf eine in der Natur der Sache liegende Beschränkung dieses Rechtsmittels aufmerksam zu machen. Unheilbar im Sinne des J. R. A. heißen die wider das jus naturale laufenden Nichtigkeiten, weil sie durch keinen positiven Grund und insbesondere nicht durch den Ablauf einer gesetzlich angeordneten Frist geheilt werden können. Diese Unheilbarkeit schließt aber die Möglichkeit einer anderen Heilung nicht aus. Schon oben haben wir gesehen, daß der Mangel der Vollmacht durch die nachfolgende Ratihabition geheilt wird.[105] Eben so muß das von einem incompetenten Richter gegen den geladenen, aber nicht erschienenen Verklagten einseitig fortgesetzte Verfahren nachträglich gültig werden, wenn der Verklagte sich späterhin stellt und auf das weitere Verfahren einläßt; es liegt dann eine stillschweigende prorogatio fori[106] vor. Oder angenommen, eine Partei sei im Laufe des Processes auf Grund einer

---

langt auf unrichtigem Wege auch Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Processe S. 101.

97) S. §. 52 Note 4, 5.

98) S. §. 51 Note 1, 2.

99) S. §. 46 Note 12.

100) L. 3 D. h. t. (49, 8). Vorzugsweise hat man dabei an das rechtlich Unmögliche zu denken, wofür sich Beispiele finden in l. 27 D. fam. erc. (10, 2), l. 4 C. comminat. (7, 57), c. 7 §. 5 in VI. de sent. exc. (5, 11).

101) Dahin gehört z. B. der Fall der l. 1 §. 1 D. h. t. (49, 8). S. §. 51 Note 14.

102) S. §. 46 Note 30.

103) S. die Verweisungen der Note 91.

104) Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten, welche über die Eintheilung der Nichtigkeiten in heilbare und unheilbare aufgestellt worden sind, gibt Röder a. a. O. (Note *) §. 13 fg.

105) S. oben Note 53—55.

106) Ueber deren Begriff vgl. §. 39 Note 30.

vermeintlichen Contumacia mit einer Handlung präcludirt worden, fahre aber ohne Protestation in dem auf dem Contumacialerkenntniß fußenden Verfahren zu handeln fort, so ist darin ein Verzicht auf die mit Unrecht präcludirten Vertheidigungsgründe zu finden, der eben so wirken muß, wie ein ausdrücklich ausgesprochener. Dieselbe Bewandtniß hat es, wenn eine geleugnete Thatsache actenwidrig als zugestanden angesehen worden ist, und nachher wirklich zugestanden wird. In allen diesen Fällen entzieht ein nachfolgender Umstand der Nichtigkeitsbeschwerde ihr Object; das nichtige Urtheil hört auf, beschwerend zu sein.[107] Dieß läßt sich aber auch da sagen, wo der Probat aus einem unzutreffenden formellen Grunde mit dem Gegenbeweise präcludirt, mithin als contumax behandelt worden ist, ohne es zu sein, und demnächst der Hauptbeweis mißlingt, oder gar direct gegen den Probanten ausfällt.[108] Es kommt hier überall der Gedanke zur Geltung, daß die Nichtigkeitsbeschwerde in der Person des Querulanten eine Beschwerung, ein Interesse voraussetzt, wie sie denn auch nicht bloß auf Annullirung des angefochtenen, sondern zugleich auf Erlassung eines neuen Urtheils gerichtet ist.[109]

6. Wenn nun rücksichtlich der Behandlung der unheilbaren

---

107) Den älteren Juristen ist diese Art der Heilung nicht unbekannt; sie thun ihrer vorzugsweise im Falle der Note 105 und des Bekenntnisses (bei dem sie jedoch an die Anerkennung des Klagrechts im Ganzen, die confessio in jure, zu denken pflegen) Erwähnung. Vgl. Phil. de Franchis in Rep. c. 63 X. de app. init. vers. Et ex praedictis infertur, Vantius l. c. XIV. nr. 126, und die von diesen Citirten. Vgl. auch Mynsinger: Obs. V. 77.

108) Vgl. Briegleb a. a. O. (Note 96) S. 100.

109) Diesen Satz der italienischen Doctrin (s. oben Note 47) hat sich die deutsche Doctrin angeeignet. Vgl. Wurmbser: Pract. obs. XXV. 53, 55, Mynsinger: Obs. I. 27 (wo jedoch der erste Satz auf einem Mißverständniß beruht), Gaill: Obs. I. 127 nr. 1 („Communis est Doctorum conclusio, causam nullitatis principaliter intentatam totam causam et principale negotium ad judicem nullitatis devolvere„ ita ut super meritis cognoscere et sententiam reformare vel confirmare etiam ex nova causa et novis probationibus posset"), Emer. a Rosbach: Prax. civ. tit. 72 nr. 32, Mevius: Decis. I. 154 nr. 11, III. 89 („vulgatiori praxi ita servatur"), Ludolff: Obs. I. 34 nr. 7. Die Späteren fügen jedoch eine für Criminalsachen in der K. G. O. von 1555 II. 28 §. 5 und in dem Conc. von 1613 II. 31 §. 14 (s. Note 77) ausdrücklich anerkannte Beschränkung bei, indem sie die Hauptsache nur dann an das obere Gericht (speciell an das R. K. G.) devolviren lassen, wenn sie in abstracto zu dessen Competenz gehört. Vgl. Cramer: Syst. proc. imp. §. 1364, Tafinger: Inst. jurispr. cam. §. 672, 973, Hanzely: Anleitung zur neuesten R. H. R. Pr. §. 1259, Danz: Grundsätze des Reichsgerichtspr. §. 341 unter 9. — Die im Text erwähnte Regel aber liegt auch den Reichsgesetzen der Noten 76, 77 zu Grunde, gegen welche der abweichende Ausdruck des I. P. O. IV. 49 um so weniger in Betracht kommen kann, als er sich auf singuläre Verhältnisse bezieht.

Nichtigkeiten der J. R. A. auf die gemeinen Rechte verweist, so hat er dadurch die älteren, noch für beide Arten der Nichtigkeit berechneten Reichsgesetze gewiß nicht aufheben wollen. Was in diesen über die specielle Angabe der Nichtigkeitsgründe,[110] über das Erforderniß der Appellationssumme bei den Reichsgerichten,[111] über das Verhältniß der Nichtigkeitsbeschwerde und der Appellation zu einander, die Zulässigkeit und die Folgen ihrer Verbindung,[112] so wie die Ausschließlichkeit des allein erhobenen Rechtsmittels verordnet ist, hat seine Geltung für die querela nullitatis insanabilis behalten. Nicht minder die bisher noch nicht erwähnte Vorschrift, daß, wo auf die Nullität allein geklagt würde, derselben halben in extraordinariis (d. h. schneller, summarisch), wie in anderen dergleichen Sachen simplicis querelae (d. h. Klagsachen) fortgefahren und procedirt werden solle.[113] Unter der Disposition der gemeinen Rechte aber, welche der J. R. A. bestätigt, ist nicht bloß, wennschon zunächst, die 30jährige Dauer der Nichtigkeitsbeschwerde zu verstehen, sondern die ganze aus dem römischen und canonischen Recht entwickelte Theorie, welche aus Italien nach Deutschland übergegangen war.[114] Diese hat denn auch seitdem kaum eine Förderung, geschweige eine Umbildung erfahren, und ist, wo nicht die Particulargesetzgebung[115] eingegriffen hat, selbst auf den früher bestrittenen Punkten nicht wesentlich fortgeschritten.

Die querela nullitatis insanabilis wird danach als eine imploratio officii judicis betrachtet, welche, wie eben bemerkt, keiner anderen Frist als der gewöhnlichen Klagenverjährung,[116] auch ge-

110) S. Note 70.

111) S. Note 71, 72, sowie Note 118.

112) S. Note 73—76.

113) K. G. O. von 1521 tit. 19 §. 3 in f., von 1523 tit. 5 §. 6, von 1555 III. 34 §. 3, Conc. von 1613 III. 40 §. 3.

114) Diese Thatsache wird durch die Citate der vorausgegangenen Noten, namentlich durch die Citate aus den Schriften der Juristen des 16. sec. über allen Zweifel erhoben.

115) Nachweisungen über die Particulargesetzgebung finden sich aus älterer Zeit bei Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 31 §. 5—9, aus neuerer Zeit bei Linde II. §. 266—275.

116) Dies entspricht der auf der älteren Doctrin — vgl. auch Röder a. a. O. §. 32 Note 163 — beruhenden ausdrücklichen Bestimmung des J. R. A. §. 122 vgl. mit §. 121. Es gilt dabei jedoch das oben in Note 36 Bemerkte. Eine abweichende Ansicht vertheidigt Almendingen: Metaphysik des C. Pr. S. 308—316, indem er die Verjährung der Querel von der Verjährung der ursprünglichen Klage, oder wenn diese in gültiger Weise pendent geworden, von der Verjährung der Litispendenz abhängig machen will. Dieser Ansicht, welche sich schon in älterer Zeit findet (Note 36), steht aber der J. R. A. zu

meinrechtlich weder der Appellationssumme,[117] noch einer der sonstigen äußeren Beschränkungen der Appellation unterworfen ist.[118] Sie hat aber daneben, weil gegen ein Urtheil gerichtet, eben so wie die processualische Restitution die Natur eines processualischen Rechtsmittels, und dies zeigt sich in den Beziehungen, in welche sie zu dem früheren Verfahren tritt. Zwar suspendirt sie dasselbe niemals ipso jure,[119] und soll auch den Oberrichter nur dann zur Inhibition veranlassen, wenn ein unwiederbringlicher Schaden bevorsteht.[120] Dagegen ist für sie sowohl der dem judex a quo

---

bestimmt entgegen. — Kürzere Fristen sind häufig durch Particularrechte eingeführt worden.

117) Die entgegenstehende Vorschrift der Reichsgesetze beschränkte sich auf die Reichsgerichte (Note 71, 72, 111), und es läßt sich nicht behaupten, daß, weil die Appellation der Appellationssumme unterworfen, darum ein Gleiches auch in Betreff der Nichtigkeitsbeschwerde sei angenommen worden. Wäre dies der Fall, dann allerdings würde derselbe Schluß in denjenigen Territorien gerechtfertigt sein, welche die Appellation nach dem Vorbild der Reichsgesetze auf Sachen über einem gewissen Werth beschränkt haben. Mit dem Text, der übrigens nur von unheilbaren Nichtigkeiten handelt, sind einverstanden Mevius: Decis. VIII. 133, Ludolff: De jure camerali I. 13 nr. 2, Coch: Praxis fori Germ. IV. 27 §. 5, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 903, Selchow: Concepte der R. K. G. Ordnung II. S. 267, Canngiesser: Coll. decisionum supr. trib. Hasso-Cassel. IV. 118 nr. 1, Hoscher: Sammlung merkwürdiger am kais. R. K. G. entschiedener Rechtsfälle IV. 8 §. 1, Linde I. §. 99 a. E., Röder a. a. O. (Note *) §. 30 a. E., Pfeiffer: Pract. Ausführungen VI. S. 230 fg. (wo auch auf die Particulargesetzgebung mehrerer Staaten hingewiesen wird), Schmid: Handbuch III. §. 243 Note 41, Bayer: Vorlesungen S. 1096. A. M. sind Lauterbach: Coll. theor. pr. XLIX. 8 §. 3, Danz: Grundsätze des ord. Pr. §. 435 Note f.

118) Arg. c. 1 Clem. de sent. et re jud. (2, 11). Vgl. Gaill: Obs. I. 135 nr. 1—7 (wo sich Nachweisungen aus der ital. Doctrin finden), Emer. a Rosbach: Prax. civ. tit. 72 nr. 38, Mevius: Decis. I. 154 nr. 1, 2, Ludolff: De jure cam. I. §. 13 nr. 2, §. 14 nr. 4, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 903 Note y. Am R. K. Gericht wurde von obiger Regel nicht bloß in den Fällen des §. 54 unter 2 Anwendung gemacht, sondern auch da, wo die Appellation an jenes Gericht durch privilegia de non appellando oder durch die Natur des Streitobjects (Criminal-, Ehe-, Lehnsachen) ausgeschlossen war.

119) S. Note 37 und Wurmbser: Pract. obs. XXIV. 34, Gaill: Obs. I. 127 nr. 1.

120) So schon die in der Note 37 a. E. Citirten. Außerdem vgl. Mynsinger: Responsa III. 23 nr. 24 (wo jene Ausnahme in Beziehung auf die nicht liquide exc. nullitatis gemacht wird), Mevius: Decis. IV. 302 nr. 5, Martini: Comm. for. tit. 38 nr. 59, Lauterbach: Coll. th. pract. XLIX. 8 §. 4, Stryk: U. M. XLIX. 8 §. 1, Cramer: Syst. pr. imp. §. 1359, Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 31 §. 12, Hanzely: Anleitung II. §. 1252, Danz: Grundsätze des Reichsgerichtspr. §. 341 unter 2., Martin: Lehrbuch §. 295 fg., Strippelmann: Neue Sammlung IV. 2 S. 304. Einige dieser Juristen lassen die Inhibition auch zu, wenn die Nullität liquide oder sofort liquide zu stellen ist. Dies hat aber die gemeine Meinung nicht für sich, beruht vielmehr auf der Verwechselung der Querel mit der Einrede der Nichtigkeit, welche durch Mynsinger: Obs. IV. 64 veranlaßt worden zu sein scheint. Vgl.

übergeordnete Richter, sofern es einen solchen gibt,[121] als auch der judex a quo, falls dieser nicht persönlich verhindert ist,[122] niemals aber der ordentliche Richter des Querulaten competent. Und das durch sie eingeleitete Verfahren nimmt die Entscheidung der Hauptsache in der Art in sich auf, daß es an die Stelle des nichtigen Urtheils ein neues zu setzen bezweckt.[123] Nova dürfen daher nicht

---

Emer. a Rosbach: Prax. civ. tit. 72 nr. 33. In die Particularrechte ist aber diese weitere Ausnahme mitunter übergegangen, wie es denn auch keinen Zweifel leidet, daß der Querulant sich den Suspensiveffect durch die Verbindung der Appellation (die Wahrung der Fatalien und Formalien vorausgesetzt) mit der Querel sichern kann.

121) S. Note 41, 69. Hiernach kann es gemeinrechtlich nicht zweifelhaft sein, daß das Erkenntniß eines obersten deutschen Gerichts auf dem anderen im Text bezeichneten Wege, d. h. bei demselben Gericht als nichtig muß angefochten werden können. Die Zulässigkeit dieses Weges haben auch die Ordnungen oder Entscheidungen der meisten deutschen Oberappellationsgerichte anerkannt, wie Herquet a. a. O. (Note *) §. 41—59 nachgewiesen; nur das O. A. Gericht zu Cassel und das Obertribunal zu Stuttgart haben sich bestimmt dagegen ausgesprochen.

122) Ueber diese Ausnahme und über das Wahlrecht des Querulanten selbst (Note 43) vgl. außer den in Note 85 Citirten Coch: Praxis fori germ. IV. 27 §. 2, Martini: Comm. forens. tit. 38 nr. 7, Lauterbach: Coll. th. pract. XLIX. 8 §. 4, Stryk: Introd. ad prax. for. XXV. §. 26, Ludovici: Einleitung zum C. Pr. XXXII. §. 5, Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 31 §. 1 a. E., Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 903, Cramer: Syst. proc. imp. §. 1338, Danz: Grundsätze des ord. Pr. §. 435 unter 2., Claproth: Einleitung II. c. 24, Hofacker: Principia jur. civ. III. §. 4549, Grolman: Theorie §. 219, Röder a. a. O. (Note *) §. 33, Herquet a. a. O. (Note *) §. 27, Heffter: System §. 482, Martin: Vorlesungen II. S. 413, Bayer: Vorlesungen S. 1097. Von vielen dieser Juristen wird hervorgehoben, daß es gewöhnlicher oder vortheilhafter sei, sich an den Oberrichter zu wenden, von allen aber wird das Wahlrecht des Querulanten festgehalten. Nicht entgegen sind Tafinger: Inst. jur. cam. §. 667 und Pütter: N. E. §. 383, 384, welche das Obergericht (R. K. Gericht) für competent, nicht aber für ausschließlich competent erklären. Dagegen wird die ausschließliche Competenz des Oberrichters von Ludolff: De jure cam. I. 13 nr. 2 mit Berufung auf mehrere nicht-deutsche (französische und holländische) Juristen, und von Gönner: Handbuch III. 65 behauptet, dem dann einige Neuere, namentlich Linde II. §. 263 und Schmid: Handbuch III. §. 243 Note 29 fg., sowie die Praxis mancher Länder, z. B. Württembergs und Kurhessens (vgl. Herquet a. a. O. §. 46, 48, Strippelmann: Neue Sammlung IV. 2 S. 298) gefolgt sind. Unhaltbar ist diese Meinung schon deshalb, weil es dem Unterrichter nicht verwehrt sein kann, ein unheilbar nichtiges Urtheil durch ein neues zu ersetzen. Ganz vereinzelt ist die Behauptung Gensler's: Comm. zu Martin's Lehrbuch §. 283, daß regelmäßig nur der Unterrichter competent sei.

123) Daß dieser Satz in die deutsche Praxis übergegangen sei, ist schon in Note 109 aus den Darstellungen des Reichsprocesses und mit Beziehung auf die Reichsgesetze nachgewiesen worden. Vgl. außerdem Mevius: Decis. III. 67, 89, Coch: Prax. fori Germ. IV. 27 §. 5, Lauterbach: Coll. th. pract. XLIX. 8 §. 5, Danz: Grundsätze des ord. Pr. §. 435 unter 8., Strippelmann: Neue Sammlung IV. 2 S. 307 fg. Die neueren Juristen drücken sich gewöhnlich so aus, als ob, wenn die Nichtigkeit begründet erfunden worden sei, das angefochtene Urtheil nur für nichtig erklärt werde; richtig ist aber bloß dies, daß der Oberrichter, nachdem er das neue Urtheil gefällt hat, die Sache nicht bei

bloß zur Nachweisung der Nichtigkeit,[124] sondern unter Umständen auch im Interesse der Hauptsache vorgetragen werden. Es ist dabei zu unterscheiden, ob bloß das Urtheil oder ob auch das Verfahren nichtig ist. In jenem Fall ist das neue Urtheil auf Grund der vorigen Acten zu sprechen, und darum dem Querulanten die Nachholung versäumter Vertheidigungsgründe nur dann gestattet, wenn er aus einem zutreffenden Grunde und vor Ablauf der Restitutionsfrist incidenter gegen die Versäumung die Restitution nachsucht, um die er nach Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde selbständig auch contra rem judicatam bitten darf.[125] Im anderen Falle dagegen, wo Urtheil und Verfahren nichtig sind, dürfen beide Theile bei Erneuerung des Verfahrens sich unbeschränkt sowohl der früheren, wie neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel bedienen. Außerdem hat das durch die Nichtigkeitsbeschwerde hervorgerufene Verfahren nichts Eigenthümliches. In der oberen Instanz kann ihm der Appellationsproceß, in der unteren der Restitutionsproceß als Vorbild dienen. Ueberzeugt sich der Richter, daß das angefochtene Urtheil nichtig und in der Hauptsache beschwerend sei, so erkennt er reformatorisch; wenn dagegen die Nichtigkeit unerfindlich, oder auch nur für den Querulanten nicht beschwerlich ist, so bestätigt er das frühere Urtheil, und verurtheilt in beiden Fällen in die Kosten des Nullitätsverfahrens den unterliegenden Theil.[126] Indeß darf der Oberrichter den Ersatz dieser Kosten auch dem Unterrichter auferlegen, dessen berichtliche Vernehmung vorausgesetzt,[127] sofern die Acten ergeben,

---

sich zu behalten, sondern zu remittiren pflegt. Vgl. Lauterbach l. c. in f., Strippelmann a. a. O. S. 308 a. E. und S. 309.

124) Denn nicht alle Nichtigkeiten sind notorisch und ergeben sich unmittelbar aus den Acten. Vgl. Linde II. §. 253 unter V., Schmid: Handbuch III. §. 243 Note 46, Bayer: Vorträge S. 1096 unter 4., Martin: Vorlesungen II. S. 413. Wenn manche Juristen behaupten, die Rechtfertigung der Nichtigkeit müsse aus den bereits verhandelten Acten entnommen werden, so wollen sie nur sagen (oder können wenigstens nur sagen wollen), daß der defectus in den bisherigen Verhandlungen liegen müsse. Vgl. Mevius: Decis. VI. 300 not. 5, Martini: Comm. for. tit. 38 nr. 12, Ludovici: Einleitung zum C. Pr. Cap. 38 §. 7, Hofmann: Teutsche R. Pr. I. §. 904, Gensler: Commentar §. 283 und 284 unter IV., Röder a. a. O. §. 37.

125) Wird jedoch die Restitution contra rem judicatam nachgesucht, so muß der Restitutionsgrund regelmäßig (abgesehen vom Nichtwissen und ähnlichen Gründen) voll bewiesen werden. Vgl. §. 53 Note 110 und 113.

126) Diese auch sonst in der Rechtsmittelinstanz geltende Regel unterliegt natürlich den gewöhnlichen Ausnahmen. Vgl. §. 46 Note 67 fg.

127) Vgl. Mynsinger: Obs. III. 82.

daß die Nichtigkeit aus einer zur Begründung der Syndicatsklage geeigneten Nachlässigkeit entsprungen ist.[128] Gegen das auf die Querel ergangene Urtheil aber ist nur die Appellation, nicht nochmals die Querel statthaft, es wäre denn, daß dasselbe selbst wieder an einer Nichtigkeit litte.

Die s. g. einfache Beschwerde (querela simplex).*

§. 61.

Die bisher betrachteten eigentlichen Rechtsmittel reichen aus, um gegen Verfügungen Abhülfe zu schaffen, durch welche eine Partei in ihrer processualischen Stellung zur anderen Partei benachtheiligt wird. Nun kann aber der Richter auch außerhalb dieser Sphäre und doch noch in Beziehung auf einen Rechtsstreit Anlaß zur Beschwerde geben, sowohl durch die Nichtgewährung der von ihm verlangten richterlichen Hülfe, als dadurch, daß er eine unrechtmäßige Anwendung von seiner Disciplinargewalt macht. In beiden Fällen läßt er das Verhältniß der Parteien zu einander und zu dritten Personen unberührt, macht sich aber, wenn auch nur objectiv, einer Verletzung seiner Amtspflicht schuldig, und gibt dadurch Anlaß zu einer Beschwerde, welche unter dem Namen der einfachen Beschwerde, querela simplex,[1] bekannt ist.[2]

---

128) Vgl. c. 1 in VI. de sent. excomm. (5, 11), so wie Cramer: Syst. proc. imp. §. 1367, Hanzely: Anleitung §. 1257 Note *, Danz: Grundsätze des Reichsgerichtspr. §. 341, Weber: Ueber Proceßkosten §. 11 a. E., Gensler: Handbuch VI. S. 429 Note 383 a. E., Erk. der O. A. G. zu München und zu Celle bei Seuffert I. 285. S. auch §. 38 Note 19a. Daß der Unterrichter in solchem Fall in Strafe genommen werden könne, wird häufiger bemerkt. Vgl. Röder a. a. O. §. 45.

*) J. H. Böhmer: Diss. de origine, progressu atque indole querelae denegatae vel protractae justitiae, Hal. 1738 (auch in Ejusd.: Exercit. ad Pand. VI. 103). Borie: De processu camerali in casu denegatae vel protractae justitiae, Wetzl. 1783. Gönner: Handbuch III. 67. Linde: Handbuch I. §. 1. Münscher: Ueber die Beschwerde wegen verweigerter Justiz mit besonderer Beziehung auf die hessische Praxis (in der Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen II. 2). Strippelmann: Das O. A. Gericht, Civilsenat, zu Cassel §. 82—84 (Neue Sammlung IV. 2).

1) Die Italiener unterschieden eine doppelte Bedeutung des Ausdrucks „querela". Im weiteren Sinne verstanden sie darunter ein jedes Rechtsmittel, im engeren Sinne die besondere Art von Beschwerden, von welcher im Text die Rede ist. Der speciellere Name „querela simplex", welcher schon bei Baldus ad l. 4 C. de jurisd. omn. jud. vorkommt, scheint den Gegensatz gegen die eigentlichen Rechtsmittel als qualificirte Beschwerden ausdrücken zu sollen. Vgl. überhaupt Bart. ad l. 10 qui satisd. cog., Baldus l. c. und Maranta: Aur. prax. VI. 2 nr. 114—121. Später finden sich die einfachen Beschwerden bei den deutschen Juristen wieder, z. B. gleich bei Hartm. Hartmanni:

Dieses nur uneigentlich so genannte Rechtsmittel richtet sich also direct gegen den beschwerenden Richter selbst, und ist als eine Anrufung der oberrichterlichen Disciplinargewalt zu betrachten. Es gehört daher ohne Rücksicht auf die Appellationssumme vor die höhere Instanz,[3] bezweckt auch nicht, wie die eigentlichen Rechtsmittel, eine abändernde Verfügung, sondern will einen den Unterrichter auf seine Schuldigkeit verweisenden Befehl veranlassen, und ist eben so wenig wie das amtliche Einschreiten des Oberrichters an irgend eine Frist gebunden.[4] Nur erfordert es in der Person des Querulanten, um nicht als eine unbefugte Einmischung in fremde Angelegenheiten zu erscheinen, ein nachweisbares sachliches oder processualisches Interesse, weil es civilrechtlichen Zwecken dient, und mit dem Amtsvergehen, das möglicher Weise aus dem Verhalten des Richters resultirt und im öffentlichen Interesse zu verfolgen sein würde, Nichts zu schaffen hat.[5] Im eigenen Interesse aber kann die Querel nicht bloß einer Partei, sondern überhaupt jeder bei einem Proceß betheiligten Person zustehen, ja der Richter selbst ist, wenn er sich von seinem vorgesetzten oder einem coordinirten Richter (etwa wegen Ablehnung einer Requisition[6]) verletzt glaubt, vom Gebrauche dieses Rechtsmittels nicht ausgeschlossen.

Pract. obs. XVII. 29. Sie werden von den Römern mit unter den „supplicationes" begriffen — vgl. Note 9 und Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. III. §. 161 Note 4 fg. —, und dürfen nicht mit den „simplices querelae" des K. G. Processes verwechselt werden, welche das sind, was man heut zu Tage Klagen nennt, also Sachen erster Instanz. Von diesen allein handelt auch Jo. Schacken: Diss. de simplici querela, Gryphisw. 1699.

2) Ueber die Grundlagen dieser Beschwerde vgl. §. 38 unter I. C. 2.

3) Daß die querela denegatae justitiae durch die privilegia de non appellando nicht ausgeschlossen wurde, ist schon in §. 38 Note 10 bemerkt worden, und wenngleich nicht unbestritten war, ob in Ermangelung der Appellationssumme vermittelst jener Querel die Devolution der Hauptsache an das R. K. Gericht bewirkt werden könne — vgl. Danz: Grundsätze des Reichsgerichtspr. §. 344 Note d, Gönner: Handbuch III. 67 §. 5 Note h —, so herrschte doch über die Zulässigkeit anderer Disciplinarmaßregeln in den nicht devolvirbaren Sachen kein Zweifel. Vgl. z. B. Tafinger: Inst. jurispr. camer. §. 589. — Mit der auf die einfache Beschwerde überhaupt bezüglichen Fassung des Textes stimmen überein Gönner III. 56 §. 8, Spangenberg: Das O. A. Gericht in Celle S. 262, Münscher a. a. O. II. S. 36, 39, Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 309.

4) So schon Maranta l. c. VI. 2 nr. 114. Außerdem vgl. Spangenberg a. a. O. S. 262, Münscher a. a. O. S. 36, 39, Strippelmann a. a. O. S. 309, Osterloh: Lehrbuch des gem. deutschen ord. Civ. Pr. II. §. 260. Particularrechtlich ist dies mitunter anders, z. B. in Mecklenburg, wo aber die Querel auch eine weitere Ausdehnung hat, und auf viele Fälle angewandt wird, in denen nach gemeinem Recht die Appellation Statt findet.

5) Strippelmann a. a. O. IV. 2 S. 310.

6) S. die Citate in §. 38 Note 29, 32.

Natürlich immer vorausgesetzt, daß die Verfügung, welche den Gegenstand der Beschwerde bildet, in Beziehung auf einen Rechtsstreit ergangen ist. Denn nur unter dieser Voraussetzung hat der Oberrichter, an welchen sich der Querulant wendet, die zum Einschreiten erforderliche Disciplinargewalt kraft seines richterlichen Amtes.[7]

Im Einzelnen ist aber noch Folgendes zu bemerken.

1. Das ablehnende Verhalten des Richters ist gleichbedeutend mit einer Versagung des Rechts, und ist am beschwerendsten, wenn der Richter die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens durch ausdrückliche Erklärung (denegata justitia) oder bloßes Nichthandeln (protracta justitia) böswillig verweigert. Daß auf die in einem solchen Falle erhobene Beschwerde, die querela denegatae vel protractae justitiae, wenn die bösliche Verweigerung direct (vermittelst „documenta requisitionis und denegatae justitiae") bewiesen wird, oder sich aus der Erfolglosigkeit der deshalb erlassenen litterae promotoriales ergibt, der Oberrichter die Hauptsache vom Unterrichter avocire und an sich nehme, ist schon bei früherer Gelegenheit hervorgehoben worden.[8] Daneben aber kommt noch ein anderes Verfahren in Betracht. Schon das R. R. hatte, indem es Supplicationen, welche einen Eingriff in den ordentlichen Rechtsgang bezweckten, in anhängigen Processen bei dem Oberrichter und insbesondere beim Kaiser einzubringen untersagte, eine Ausnahme für den Fall der ungebührlichen Verzögerung des Verfahrens so wie der verweigerten Edition der Acten und des Urtheils gemacht, und den oberen Gerichten gestattet, in Folge derartiger Beschwerden auf die prompte Administration der Justiz durch Rescripte hinzuwirken.[9] Etwas Aehnliches empfahl sich nun auch den Reichsgerichten. Auf die der reichsgerichtlichen Jurisdiction entzogenen Sachen, die aber doch der obergerichtlichen Disciplin unterlagen, die causae criminales, ecclesiasticae und matrimoniales, war die Avocation überhaupt

---

7) S. §. 38 unter I. C. 2 init. und dazu Spangenberg a. a. O. S. 262, 263, Strippelmann IV. 2 S. 108, 311 fg.

8) S. §. 38 Note 10.

9) L. 2 C. ut lite pendente vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat Imperatori supplicare (1, 21), nov. 80 c. 7, nov. 113 c. 2, und dazu gl. Legitimo] ad nov. 113 c. 2 cit. (Auth. coll. VIII. tit. 11 c. 2), Baldus l. 4 C. de jurisd. omn. jud., so wie Bethmann-Hollweg a. a. O. III. §. 161 Note 4 fg.

nicht anwendbar,[10] und in Anwendung auf die übrigen war sie wenigstens mit Weiterungen und Nachtheilen verbunden. Für jene Sachen mußte somit eben nur eine andere, für diese wo möglich eine einfachere, mit der Avocation in Concurrenz tretende Maaßregel gefunden werden. Eine solche nun gab in der That der Modus des R. R. an die Hand. Denn ausgedehnt auf den Fall der Rechtsverweigerung[11] wandte derselbe vor Allem die Devolution der Hauptsache an den Oberrichter ab, hatte außerdem aber den Vortheil, daß er keinen so vollständigen Beweis des böswilligen Widerstrebens des Unterrichters zu fordern schien, wie die Avocation es that. Zu diesem Mittel nahmen daher die Reichsgerichte ihre Zuflucht, indem sie gegen den widerspenstigen Richter Strafbefehle, s. g. mandata de administranda justitia,[12] oder (in späterer Zeit) auch wohl bloße Ordinationen ohne Androhung einer Strafe[13] ergehen ließen, und diese Befehle bis zur Ueberwindung des zu bekämpfenden Widerstandes Schritt um Schritt verschärften.

Genau genommen aber handelte es sich dabei immer um die Erzwingung der einzelnen Verfügung, durch welche der Proceß einzuleiten oder fortzuführen war, und es lag somit nahe, daß man sich der Mandate gegen ablehnende Verfügungen auch dann bediente, wenn das Hauptverfahren ganz außer Frage blieb. So z. B. wenn das subsidium juris,[14] oder die Execution, oder die in Folge der eingelegten Revision erbetene Actenversendung verweigert wurde.[15] Wofern freilich in dem einen oder anderen dieser Fälle die Appellation statthaft war, bedurfte es eines anderen

---

10) Vgl. Ludolff: De jure camer. II. §. 3 nr. 9, J. H. Boehmer l. c. (Note *) §. 33, Borie l. c. (Note *) §. 32, Tafinger l. c. (Note 3) §. 589.

11) Ueber die Art, in welcher das R. R. die Rechtsversagung behandelte, vgl. §. 38 Note 10.

12) Diese Mandate kommen schon bei den Juristen des 16. sec. vor. Vgl. Mynsinger: Obs. V. 82 nr. 6, Gaill: Obs. I. 28 nr. 3, Roding: Pand. camer. III. 12 §. 12, Friderus Mindanus: De mandatis II. 53 §. 5, Mevius: Decis. I. 162 in f., II. 139 nr. 11, Blum: Proc. camer. tit. 37 nr. 35, Ludolff: De jure cam. II. §. 3 nr. 8, 9, Cramer: Obs. I. 135 §. 3, Tafinger: Inst. jur. cam. §. 397, 398, 588, 589, Pütter: N. E. §. 393, Hanzely: Anleitung zur neuesten R. H. R. Pr. II. §. 1270. — Den Reichsgesetzen sind diese Mandate unbekannt, außer im Falle des R. A. von 1570 §. 79 (s. Note 17).

13) Vgl. Cramer l. c. I. 135 §. 3, Tafinger l. c. §. 589 in f.

14) S. Note 6.

15) Vgl. z. B. Cramer: Syst. proc. imp. §. 1407, 1408, 1422, 1423, Tafinger l. c. §. 558, 588, Pütter l. c. §. 393.

Rechtsmittels nicht. Fehlte es dagegen an den Voraussetzungen der Appellation und namentlich an der Appellationssumme, so waren jene Mandate die einzigen Aushülfen. Man mußte dann auch von dem sonst erforderten Nachweise des bösen Willens Abstand nehmen,[16] und auf die Beschwerde eingehend eine specielle Verfügung des weiteren Fortgangs des Verfahrens erlassen.

Unter solchen Umständen kann es nicht auffallen, daß in manchen Territorien die Gerichte in dem Bestreben, die querela denegatae justitiae von dem Erforderniß der bewußten Pflichtwidrigkeit abzulösen, beträchtlich weiter gegangen sind. Denn so wohl berechtigt dieses subjective, man könnte sagen, den Richter verdächtigende Moment als Bedingung der Avocation ist, so wenig kann davon das disciplinarische Einschreiten des Oberrichters abhängig sein, sofern sich dasselbe auf einfache Ordinationen beschränkt, und nicht wie die reichsgerichtlichen mandata de administranda justitia sofort mit Strafandrohungen vorgeht. Hat man die Nachweisung eines subjectiven Unrechts doch niemals zur Begründung der querela simplex erfordert, von welcher die Beschwerde wegen Rechtsversagung eine Unterart ist. Nur dadurch aber, daß diese Beschwerde mit klarer Erkenntniß auf ihren wahren Character zurückgeführt wird, erhält sie die volle Fähigkeit, eine im System der Rechtsmittel gebliebene Lücke auszufüllen, und überall da angewandt zu werden, wo der Richter obschon nicht ohne Grund und einerlei aus welchem Grunde erklärt, auf die materielle Beurtheilung des vom Querulanten gestellten Gesuches nicht eingehen zu wollen.[17] So namentlich, wenn er eine Klage zurückweist wegen

16) Mit Rücksicht darauf, daß der judex a quo zur Ablehnung des an ihn gestellten Gesuches gute Gründe haben konnte, wurden in den oben bezeichneten Fällen, wenn sein böser Wille nicht vollkommen feststand, mandata cum clausula erkannt, und dadurch der Weg zu Gegenvorstellungen offen gelassen. Vgl. Mynsinger: Obs. V. 82 nr. 6, Cramer: Obs. I. 135 §. 1, 2, Tafinger l. c. §. 558 not. h, k.

17) So sagt schon Mevius: Decis. II. 111 not. 5: „Nihil refert, an protractio vel denegatio justitiae fiat silendo an injuste decernendo. Effectus in his spectatur et corrigitur. Atque sic in Camera imperiali servari ex ejus praejudiciis deprehendi, atque scriptis licet decretis repulsa facta sit, promotoriales dari". Eine specielle Anerkennung hat dieser Gesichtspunct im R. A. von 1570 §. 79 gefunden, welcher eine Beschwerde an die Visitations-Commission gestattet, wenn das R. K. G. die Erkennung von Processen auf Grund seiner Incompetenz abgeschlagen habe. In allgemeinerer Geltung besteht derselbe bei den O. A. Gerichten zu Celle — vgl. Spangenberg a. a. O. (Note 3) S. 263 — und zu Cassel — vgl. Strippelmann a. a. O. (Note *) IV. 2 §. 83, Seuffert: Archiv II. 242 —, und seine innere Nothwendigkeit ist nachgewiesen worden von Münscher a. a. O. (Note *). Ab-

Incompetenz, wegen mangelnder Proceßlegitimation oder wegen eines formellen Mangels (z. B. in Betreff der Verstempelung), wenn er die Appellation wegen Inappellabilität der angefochtenen Verfügung oder wegen Fristversäumung verwirft, wenn er in dem auf die Verhandlungen ertheilten Erkenntniß einen einzelnen Antrag übergeht, oder den betreibenden Theil in ein anderes, die beantragte Entscheidung nicht enthaltendes Urtheil verweist, und in ähnlichen Fällen.[18] Derartigen Verfügungen gegenüber ist die Appellation allerdings an sich nicht ausgeschlossen; daß sie aber wenigstens nicht das vollkommen geeignete Rechtsmittel ist, zeigt sich am Klarsten darin, daß unter gleichen Verhältnissen das Surrogat der Appellation in nicht erwachsenen Sachen, die Revision, vollkommen ungeeignet ist. Angenommen, der Richter erkläre eine erhobene Klage wegen Incompetenz nicht zulassen zu können, so kann er eben so wenig der Einlegung der Revision und der daran geknüpften Bitte um Actenversendung Folge geben, weil diese weitere Thätigkeit gleichfalls durch seine Competenz bedingt sein würde. Hier läßt sich die Querel offenbar nicht entbehren, und ist dies richtig, so muß sie auch in erwachsenen Sachen zugelassen werden, in denen sie vor der concurrirenden Appellation den Vorzug genießt, von der Nachweisung der Appellationssumme und der Wahrung der Fatalien befreit zu sein. Selbst in dem Proceßsystem der nicht mit der Revision versehenen Particularrechte aber hat sie als ausgleichendes Rechtsmittel ihre gute Berechtigung. Denn derjenige, welcher sich darüber beschwert, daß sein Antrag trotz des Vorhandenseins der Competenz, der Proceßlegitimation u. s. w. zurückgewiesen worden sei, befindet sich in keiner wesentlich anderen Lage, als der trotz des Mangels der Competenz, der Proceßlegitimation oder eines anderen zur Gültigkeit des Verfahrens erforderlichen Moments verurtheilte Gegner. Und da nun die diesem zuständige Nichtigkeitsbeschwerde von der Appellationssumme unabhängig ist, so kann jener nicht auf ein Rechtsmittel beschränkt sein, welches wie die Appellation nur unter Voraussetzung der Appellationssumme Berücksichtigung findet.[19]

---

weichend haben sich ausgesprochen die O. A. Gerichte zu München und Lübeck bei Seuffert II. 242 Note 1, V. 85.

18) Vgl. Münscher a. a. O. S. 17 fg., S. 46 fg., S. 52 fg., so wie Spangenberg a. a. O. (Note 3) S. 263, Strippelmann §. 83, Seuffert II. 242.

19) Vgl. Münscher a. a. O. S. 41 fg.

Anders verhält sich die Sache, wenn der Richter einen das Streitverhältniß betreffenden Antrag, z. B. eine Klage, oder das Gesuch um Einleitung einer außerordentlichen Proceßart, oder den Antrag auf einen bestimmten Executionsmodus, mit Rücksicht auf den Inhalt obgleich einseitig zurückweist.[20] Es drückt sich darin schon ein Eingehen auf die Beurtheilung aus, und darum sind abweisende Verfügungen dieser Art nur eigentlichen Rechtsmitteln unterworfen.[21]

2. Die auf einem Mißbrauch der richterlichen Disciplinargewalt beruhenden Verfügungen bieten, insofern sie eine Beschwerde, querela simplex im engeren Sinne,[22] zu begründen vermögen, der Beurtheilung weniger Schwierigkeiten als die eben betrachteten dar, weil sie sich mit denjenigen Verfügungen, welche das Streitverhältniß betreffen, und darum einem eigentlichen Rechtsmittel unterliegen, nicht leicht verwechseln lassen. Sie gehören dem Gebiete der richterlichen Disciplin oder Amtspflicht an (auf welchem übrigens auch ablehnende Verfügungen vorkommen), und können sowohl für die Parteien, als für die aufgetretenen Advocaten, die Zeugen, die Sachverständigen, die gerichtlichen Nebenpersonen, ja wenn das Verfahren durch zwei Instanzen geht, sogar für den unteren Richter beschwerend sein. Namentlich steht allen diesen Personen die einfache Beschwerde gegen Rügen und sonstige Disciplinarstrafen zu, die im Lauf eines Rechtsstreits gegen

20) Vgl. Münscher a. a. O. S. 48 fg.

21) Nach Spangenberg a. a. O. S. 263 ließ das O. A. Gericht zu Celle auch in diesen Fällen, allerdings mit Unrecht, die Beschwerde wegen Justizverweigerung zu, forderte also die Appellationssumme nicht, während wenn der Verklagte gehört worden war, die Appellation das zutreffende Rechtsmittel, und sonach die Appellationssumme erforderlich sein sollte.

22) Auf diese Beschwerde, welche, wenn sie gegen das R. K. Gericht gerichtet war, an die Visitations-Commission ging, beziehen sich R. A. von 1530 §. 94, K. G. O. von 1555 I. 50 §. 5, Conc. von 1613 I. 60 §. 20. Die letzte Stelle lautet in wesentlicher Uebereinstimmung mit den anderen so: „Wo auch einiger Churfürst, Fürst oder Stand einigen Mangel oder Beschwerde hätte, so ihm ungebührlich vom Cammergericht begegnet wäre, soll und mag ein jeglicher sein Beschwerde den verordneten Commissarien auf den ersten Martii zuschicken und zu erkennen geben, die sollen sammt andern Visitatoren derhalben Befelch haben, gebührlich Einsehens und Reformation zu thun.“ Vgl. J. J. Moser: Von dem Recurs an die K. G. Visitation, Ulm 1775, Schmelzer: Contumacialproceß der höchsten Reichsgerichte S. 234. Ueber das Folgende ist im Allgemeinen Gönner III. 67 §. 13 (s. auch 56 §. 12), Danz: Grundsätze (in der 5. von Gönner besorgten Ausgabe) §. 456, Spangenberg a. a. O. (Note 3) S. 263 zu vergleichen. Vorzugsweise brauchbar aber ist die Darstellung, welche Strippelmann a. a. O. IV. 2 §. 82 von der Praxis des O. A. Gerichts zu Cassel gibt, und auf sie ist deshalb im Text besondere Rücksicht genommen.

sie ausgesprochen werden. Dem Kläger und Verklagten insbesondere aber, wenn sie sich durch einen Stempelansatz, durch die Vorladung zum persönlichen Erscheinen, durch die Bewilligung eines vom Gegner gestellten Recusationsgesuchs verletzt glauben; den Advocaten gegen die Moderatur einzelner Deserviten-Ansätze, gegen die Verweisung des Deserviten-Anspruchs in den ordentlichen Rechtsweg, gegen die Bestellung zum Armenanwalt; den Zeugen und Sachverständigen gegen ihre Vorladung und Vernehmung; dem Actuar gegen die Auflage der Zurückerstattung von ordnungswidrig erhobenen Gebühren, u. s. w. Einige dieser der Beschwerde ausgesetzten Verfügungen haben zwar eine Beziehung zu privatrechtlichen Verhältnissen, allein der Gesichtspunct, aus welchem sie erlassen werden, ist doch der disciplinarische. So wird z. B. bei Feststellung der Advocatengebühren lediglich geprüft, ob sie statthaft seien, worüber der Richter von Amtswegen zu wachen hat; die Verurtheilung des Unterrichters in die Kosten eines als nichtig aufgehobenen Verfahrens wird nur als Disciplinarstrafe ausgesprochen, obschon sie eine Entschädigung involvirt. Wenn dagegen über Einreden erkannt worden ist, welche die Partei dem von ihrem Anwalt wider sie ausgewirkten Zahlungsbefehl entgegengesetzt hat, so handelt es sich um ein Parteienverhältniß, und deshalb findet nicht die Querel, sondern ein eigentliches Rechtsmittel Statt. Eben so, wenn ein Anwalt gebeten hat, denjenigen Betrag seiner Deserviten, welchen er gegen einen der von ihm vertretenen Litisconsorten nicht zu realisiren vermocht, von den übrigen beizutreiben, und auf dieses Gesuch ein ablehnendes oder eingehendes Respons erhält. Der abweichende Character dieser und ähnlicher Fälle tritt jedoch so scharf hervor, daß ein Mißgriff kaum möglich ist.

Mag nun aber dieses uneigentliche Rechtsmittel einen Anlaß haben, welchen es wolle, mag es auf einer Versagung des Rechts oder auf einem Mißbrauch der Disciplinargewalt beruhen, das durch dasselbe eingeleitete Verfahren ist immer das gleiche und immer gleich einfach. Ohne vorgängige Interposition[23] trägt der Querulant seine Beschwerde mit dem Gesuch um Abhülfe dem

---

23) Daher hat die einfache Beschwerde keinen Suspensiveffect. Vgl. Schmelzer a. a. O. (Note 22) S. 234, wo von dem Recurs an die K. G. Visitation die Rede ist. Inhibitorialen können jedoch erkannt werden, wenn ein unersetzlicher Verlust bevorsteht. Vgl. Oesterley: Handbuch des bürgerl. und peinlichen Pr. für das Königreich Hannover II. §. 257 Note 44, Strippelmann IV. 2 §. 82 S. 318 Note 2.

Oberrichter vor, der, wenn er das Gesuch nicht sofort als unstatthaft oder unbegründet glaubt zurückweisen zu müssen, vom Unterrichter Bericht mit den Acten fordert.[24] Sollten sich aus den eingesandten Acten Unvollständigkeiten in der Instruction der Sache ergeben, so sind zunächst noch die nöthigen Ergänzungen anzuordnen.[25] Sonst aber wird ohne Weiteres entweder das Gesuch abgeschlagen,[26] oder demselben Folge gegeben, und der Unterrichter durch Rescript angewiesen, der Beschwerde abzuhelfen.[27] Ueber die Kosten braucht nicht besonders gesprochen zu werden, sie verbleiben dem Querulanten, sofern sie nicht durch den dolus oder die grobe Verschuldung des Unterrichters verursacht worden sind, indem dann zu ihrem Ersatz der Unterrichter verurtheilt werden muß.[28]

---

24) S. Oesterley a. a. O. (Note 23) II. §. 257 S. 372, Strippelmann IV. 2 §. 82 S. 318.

25) Was z. B. in Folge der Beschwerde gegen eine Disciplinarstrafe vorkommen kann. S. Strippelmann IV. 2 §. 82 S. 318 Note 1.

26) Nach Strippelmann IV. 2 §. 82 S. 318 Note 5 hat das O. A. Gericht zu Cassel auch eine reformatio in pejus für statthaft erklärt, was sich aus dem disciplinaren Gesichtspunct, wenn die Umstände dazu geeignet sind, vollkommen rechtfertigt.

27) Vgl. Strippelmann §. 83 S. 325 fg.

28) S. §. 38 Note 19a.

Drittes Buch.

Von der Form des Verfahrens.

Von dem Wesen eines Rechtsstreits.

§. 62.

Der Aufgabe entsprechend, welche der Theorie des Civilprocesses gesteckt ist, hat die bisherige Entwickelung zu zeigen gesucht, durch welche Parteihandlungen auf die richterliche Thätigkeit einzuwirken sei, und welche richterlichen Handlungen durch die Thätigkeit der Parteien hervorgerufen werden. Nachdem auf diesem Wege die einzelnen Proceßhandlungen festgestellt worden sind, bleibt jetzt noch zu untersuchen, in welcher Form und Aufeinanderfolge sich dieselben zu einem Ganzen zusammenfügen, oder mit andern Worten, wie sie sich zu einem Rechtsstreit (Proceß, judicium) gestalten.

Die allgemeinste Voraussetzung dieser Gestaltung ist ein concretes, zwischen bestimmten Personen obwaltendes und der Cognition eines bestimmten Gerichts unterworfenes Streitverhältniß. Dabei ist nicht gerade an eine actio im materiellen Sinne, d. i. an einen aus der Verletzung eines wirklich existirenden Rechts entsprungenen Anspruch zu denken; damit ein Rechtsstreit entstehe, wird nur die gerichtliche Behauptung eines Klaganspruchs, d. i. eine actio im formellen Sinn, eine Klagbitte, erfordert.[1]

Nun ist der Klaganspruch immer ein einfaches Recht, selbst wenn er aus dem complicirtesten Rechtsverhältniß hervorgeht; er kann zwar mehrere Objecte, nicht aber mehrere auch für sich verfolgbare Klagen zusammenfassen. Es muß sich daher auch jeder Rechtsstreit auf einen einzelnen Anspruch beschränken; so viel Klag-

1) Vgl. §. 5 in., §. 14 S. 134.

ansprüche behauptet werden, so viel Verhandlungen und Entscheidungen sind nothwendig. Gesetzt, es wären mehrere Klagen mit einander angestellt, verhandelt und entschieden worden, so würde das Urtheil trotz der Einfachheit des etwa gebrauchten Ausdrucks doch eine Mehrheit von Rechtsstreiten entschieden haben, und somit kein einfaches Urtheil sein. Es liegt dies so sehr in der Natur der Sache, daß, abgesehen von judicia divisoria und den interdicta retinendae possessionis, deren Eigenthümlichkeiten schon öfter haben erwähnt werden müssen,[2] Ausnahmen gar nicht möglich sind. Nur Modificationen haben sich daneben ausgebildet.

Ist nämlich der Rechtsstreit auf einen einfachen Klaganspruch beschränkt, so muß auch seine Form zunächst als durch diesen Inhalt bestimmt gedacht werden, der einzelne Rechtsstreit also sich auch formell gegen jeden anderen abschließen.[3] Würde aber die dadurch gegebene Geschiedenheit der Vertheidigung, Beweisführung und richterlichen Beurtheilung ohne Rücksicht auf die zwischen den Klagen mitunter bestehenden besonderen Beziehungen durchgeführt, so könnten leicht Urtheile zum Vorschein kommen, welche den fraglichen Beziehungen nicht entsprächen, sie also auflösten. Um einem solchen Resultat wo möglich vorzubeugen, hat das R. R. zwei Reihen von Auskunftsmitteln ausgebildet. Die *eine* dieser Reihen bezieht sich auf Klagen, welche gewisse Berührungspuncte haben, aber doch wesentlich unabhängig von einander sind, und macht die *Verbindung* derartiger Klagen zu *einem* Verfahren möglich. Die *andere* Reihe dagegen hat es mit Klagen zu thun, zwischen denen ein Verhältniß der Abhängigkeit besteht, und eröffnet diesem Verhältniß einen bestimmenden Einfluß auf die bei ihrer Geltendmachung zu beobachtende *Ordnung*.

Bei den Auskunftsmitteln der letzten Art ist jedoch die Ordnung der Cognition nur der leitende Gesichtspunct; im Interesse dieser Ordnung führen theilweise auch sie zu einem gemeinsamen Verfahren. Und überall da nun, wo ein solches Statt findet, muß eine engere und eine weitere Einheit unterschieden werden. Während einerseits die aus jeder einzelnen Klage sich entwickelnden Proceßhandlungen je ein Ganzes für sich, einen Rechtsstreit bilden,

2) Vgl. §. 5 Note 6, 7, 9, 10.
3) S. darüber *Planck*: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht S. 69.

stellen andererseits auch die durch die Form der Proceßhandlungen in Verbindung gesetzten Rechtsstreite wieder eine Einheit dar. Dort beruht dann die Einheit auf der Zusammengehörigkeit der Proceßhandlungen, ist also eine innere, hier beruht sie auf der Gemeinsamkeit der Proceßformen, und ist mithin eine äußere. Der einfache Rechtsstreit ist innerlich und äußerlich eins, der zusammengesetzte ist nur äußerlich eins, und kann zwar noch ein Proceß oder ein Verfahren, aber nicht wohl ein Rechtsstreit genannt werden. Indeß bringt doch das gemeinsame Verfahren die zwischen den einzelnen Rechtsstreiten bestehenden Beziehungen zur Geltung, ja es findet in ihnen, wenn auch nicht wie nach R. R. seine alleinige, so doch wenigstens seine hauptsächlichste Begründung.

1. Die Verbindung mehrerer von einander unabhängigen Klagen zu einem Verfahren.*

§. 63.

Die Verbindung mehrerer von einander unabhängigen Klagen setzt vor Allem die Competenz eines denselben gemeinsamen Gerichts voraus,[1] und ist in dieser Beziehung nur insofern erleichtert, als ihr das s. g. forum continentiae causarum ex identitate fundamenti personali et reali,[2] so wie das forum reconventionis[3] entgegenkommt. Sodann ist sie zweitens durch die Zuständigkeit und Wahl derselben Proceßart bedingt.[4] Abgesehen von diesen formellen Voraussetzungen aber soll sie nach einer neuerdings weit verbreiteten Ansicht lediglich als Sache der

---

*) Tit. Dig. 11, 2 de quibus rebus ad eundem judicem eatur. Cod. 3, 40 de consortibus ejusdem litis. 7, 55 si plures una sententia condemnati sunt. 7, 68 si unus ex pluribus appellaverit. — Ant. de Matthaeis: Tr. de cumulatione actionum, Francof. 1576. Grake: De concursu et cumulatione actionum et exceptionum, Lubec. 1639. Suevus: Diss. de concursu et cumulatione actionum, Vitemb. 1646. Brunnemann: De concursu, cumulatione et transmissione actionum, Frf. ad Viadr. 1666, Hal. 1694, 1703. Außerdem wird der vorliegende Gegenstand meist auch in den Schriften de causarum continentia behandelt (v. Lipenii bibl. jurid. s. h. v.), unter denen die älteste und wichtigste die des Petr. Friderus (Mindanus): De continentia causarum tractatus, Francof. 1597 und öfter, die jüngste und gründlichste die von Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht, Gött. 1844 ist.

1) Vgl. Planck a. a. O. S. 71 fg., S. 345 fg.

2) S. §. 38 Note 12—14.

3) S. §. 41 unter V. 2.

4) Vgl. Planck a. a. O. S. 355 fg., wo sich weitere Belege finden.

Zweckmäßigkeit und des richterlichen Ermessens zu behandeln sein; wo sie eine Ersparniß an Zeit und Kosten und Arbeit in Aussicht stellt, soll sie gestattet, wo sie das Verfahren zu vertheuern, zu verschleppen oder zu verwirren droht, soll sie abgelehnt werden.[5] Und allerdings ist der heutige Richter unter Umständen an keine anderen als an derartige Zweckmäßigkeitsgründe gewiesen. Allein ausschließlich entscheidend sind diese Gründe immerhin nicht; denn es gibt Fälle, in denen die Verbindung rechtlich unstatthaft ist, und es gibt solche, in welchen einer oder der anderen Partei ein Recht auf dieselbe zusteht. Rechtlich unstatthaft ist die Verbindung namentlich dann, wenn die auf ihre Herbeiführung gerichtete processualische Handlung zu dem einen Rechtsstreit Behauptungen aufstellt, welche den zu dem anderen aufgestellten Behauptungen widersprechen.[6] So z. B. wenn mehrere Kläger aus einer Correalobligation gemeinsam in solidum klagen,[7] oder gestützt auf die Behauptung des ausschließlichen Eigenthums das vom Verklagten besessene Streitobject gemeinsam in solidum vindiciren, oder wenn Jemand wegen der ihm von einem Thiere zugefügten Verletzung die a. ex lege Aquilia mit der a. de pauperie verbindet, und jene auf die culpa des Herrn, diese auf die „commota feritas" des Thieres gründet, oder der Verklagte, mit der directa actio belangt, den Klaggrund leugnet und nichts desto weniger widerklagend die contraria actio anstellt. Ein Recht auf die Verbindung aber ist im Allgemeinen da anzunehmen, wo in mehreren Rechtsstreiten ein ihnen gemeinsamer Streitpunct zur Erörterung kommen muß oder doch kommen kann,[8] mag derselbe die (active oder passive) Klagbegründung, oder die durch den Klaglibell indicirte Vertheidigung, oder die Klagbegründung bei der einen, die Vertheidigung bei der anderen Klage u. s. w. betreffen. Klagen, welche in einer solchen Beziehung zu einander stehen, oder was dasselbe ist, aus einem Rechtsverhältniß entspringen, nennt man connexe Klagen,[9] und die Connexität der Klagen bildet also die

5) Diese Ansicht ist am consequentesten durchgeführt von Planck a. a. O. S. 88, 125, 356, 390 fg. S. dagegen Wetzell in den Krit. Jahrb. für deutsche R. W. 1847 S. 120 fg.

6) Hiervon handelt Petr. Friderus l. c. X. §. 3—7; correct ist seine Darstellung jedoch nicht.

7) Ueber die Belangung mehrerer correi debendi und mehrerer solidarisch Verhafteter vgl. Note 56.

8) Dies wird unten im Einzelnen gerechtfertigt werden. S. auch Note 105.

9) Diese Bezeichnung ist veranlaßt durch eine Stelle des C. R., das c. 3

regelmäßige Voraussetzung ihrer Verbindung. Wenn gleichwohl die römischen Rechtsquellen in den einschlagenden Entscheidungen diese Voraussetzung nicht ausdrücklich als die regelmäßige bezeichnen, so ist zu bedenken, daß das römische Verfahren ein mündliches war, welches eine gemeinsame Verhandlung völlig disparater Gegenstände geradezu unmöglich erscheinen ließ.[10]

Die Verbindung der Klagen kommt nun in dreifacher Form vor, als subjective Klagencumulation, als objective Klagencumulation und als Widerklage.

1. Unter der subjectiven Klagencumulation[11] wird die Verbindung von Klagen verstanden, welche mehreren Klägern gegen einen Verklagten, oder einem Kläger gegen mehrere Verklagte, oder mehreren Klägern gegen mehrere Verklagte zustehen. Sie unterstellt also eine Mehrheit von Proceßsubjecten, und daß diese abgesehen von den judicia divisoria eine Mehrheit der Klagen involvire, ist schon früher gezeigt worden.[12] Selbst da verhält es sich hiermit nicht anders, wo ein Gläubiger mehrere correi debendi oder mehrere Mitbürgen pro rata belangt. Denn obgleich er seine Forderung mit einer Klage geltend machen könnte, so steht es ihm doch frei, mehrere Klagen aus ihr abzuleiten, und dieselben einzeln oder in Verbindung zu verfolgen. Wo daher die subjective Klagencumulation gestattet ist, bewirkt sie nicht so-

---

X. de jud. (2, 1): „Causa vero juris patronatus ita conjuncta est et connexa spiritualibus causis, quod non nisi ecclesiastico judicio valeat definiri." Unnütz ist die Unterscheidung einer materiellen und formellen Connexität. Jene soll eine durch gemeinschaftlichen Ursprung oder gegenseitigen Einfluß bewirkte, auch außerhalb der Rechtsverfolgung bestehende Verwandtschaft sein, diese die zufällige oder gesetzlich gebotene Verbindung in demselben Verfahren. Vgl. darüber Planck a. a. O. S. 338. Im Text ist der Ausdruck „Connexität" überall im Sinne der materiellen Connexität genommen.

10) In ähnlicher Weise bemerkt Friderus l. c. XI. §. 6 nr. 11: „Possunt quidem causae plane dissimiles uti ex emto, vendito et locato cumulari, ut inquit gl. d. c. Dispendia (gl. Personales] ad c. 3 in VI. de rescriptis), sed haec cumulatio, uti et praecedenti in capite (X. §. 11) memini, respectu chartae potius fit quam judicii unitate."

11) Von diesem Gegenstand handeln Wildvogel: Diss. de consortibus litis, Jen. 1699, Canz: Diss. de uno ex pluribus litis consortibus suo, non simul alieno nomine agente, Tub. 1766, Martin in Martin und Walch: Magazin für den gem. teutschen bürg. Pr. I. 1, 6, 8, Gönner: Handbuch I. 19 §. 16—20, Seuffert im Arch. für civ. Pr. III. 15, Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen II. 10, Müller in der Zeitschr. für C. R. und Pr. I. 14, Linde ebend. I. 15, Schelling: Diss. de litis consortibus, Monach. 1838, Scholz in der Zeitschr. für C. R. und Pr. XII. 8, Linde ebendas. XV. 14 §. 3, XVI. 3, v. Canstein: Streitgenossenschaft und Nebenintervention, Wien 1876.

12) S. §. 5 unter 3.

wohl einen Rechtsstreit, als die Verhandlung mehrerer Rechtsstreite in einem Verfahren. Nun fragt sich aber, unter welchen Umständen diese Art der Klagencumulation zuzulassen sei. Hierfür könnte man einen Anhaltspunct in der früher erwähnten reichsgesetzlichen Vorschrift finden wollen, welche, um dem Kläger die gleichzeitige Belangung mehrerer unter verschiedenen Gerichten stehenden Verklagten möglich zu machen, das gemeinsame Obergericht unter der Bedingung für competent erklärt, daß „sich aus denen narratis die continentia causae (d. i. der innere Zusammenhang) befinden würde."[13] Indeß kann mit Sicherheit aus den Erfordernissen der Competenz auf die gleichen Erfordernisse der Klagencumulation nicht geschlossen werden, da es immerhin denkbar bliebe, daß die Belangung mehrerer Verklagten bei einem an sich schon competenten Gericht von der Connexität der Klagen unabhängig wäre. Allerdings aber findet das Resultat jener Schlußfolgerung seine Bestätigung im R. R.

Während Quinctilian die allgemeine Bemerkung macht, daß in Civilsachen mitunter durch verschiedene Formeln ein judex bestellt werde, namentlich wenn Einer gegen Zwei, oder Zwei gegen Einen, oder Mehrere gegen Mehrere dasselbe Object aus demselben Rechtsverhältniß („ex eadem causa") in Anspruch nähmen, was in Erbschaftsprocessen vorkomme,[14] stellen die römischen Rechtsquellen den gleichen Gesichtspunct nicht minder unzweideutig in zahlreichen Anwendungen auf. Zwar läßt sich aus denselben das Erforderniß eines gemeinsamen Entstehungsgrundes[15] schon deshalb nicht ableiten, weil Klagen, welche an verschiedenen Subjecten haften, niemals ganz denselben Ursprung haben, selbst dann nicht, wenn ihnen ein activ oder passiv auf

---

13) Die Belegstellen sind citirt in §. 38 Note 12.

14) Quinctil. I. O. III. 10: „Ceterum causa omnis, in qua pars altera agentis est, altera recusantis, aut unius rei controversia constat, aut plurium. Haec simplex dicitur, illa conjuncta. — — Privata quoque judicia saepe unum judicem habere multis et diversis formulis solent. Nec aliae species erunt, etiamsi unus a duobus duntaxat eandem rem atque ex eadem causa petet; aut duo ab uno, aut plures a pluribus; quod accidere in hereditariis litibus interim scimus: quia, quamvis in multis personis, causa tamen una est, nisi conditio personarum quaestiones variaverit."

15) Dieses Erforderniß wurde früherhin sehr gewöhnlich aufgestellt. Vgl. Carpzov: Definit. I. 2 d. 6, Voetius: Comm. ad Pand. II. 13 §. 14 in f., Mencken: Introd. in doctr. de actionibus, in comm. gen. §. 88, Glück: Commentar IV. S. 16, V. S. 233, Gensler im Arch. für civ. Pr. IV. S. 156 Note 7, Bayer: Vorträge, 7. Aufl. S. 32 (anders in der 8. Aufl.).

mehrere Erben übergangenes Recht zu Grunde liegt, da jedenfalls Delationsgrund und Erbschaftserwerb für keinen der Erben identisch sind. Wohl aber weisen alle in den Quellen vorkommenden Beispiele auf einen gemeinsamen Streitpunct hin, indem sie zu der Annahme nöthigen, daß die subjective Klagencumulation in der inneren Beziehung der Klagen auf einander, d. h. in der Einheit des Rechtsverhältnisses, ihre Voraussetzung habe, und keinen anderen Zweck verfolge, als dem Richter die Berücksichtigung dieses Zusammenhangs möglich zu machen.[16] Denn außer im Falle der Betheiligung mehrerer Erben[17] wird sie im R. R. zugelassen, wenn der Mündel gegen die Mitvormünder,[18] der Gläubiger gegen mehrere Mandatoren[19] oder mehrere durch dasselbe Geschäft pro rata oder in solidum verpflichtete und gegenseitig als Bürgen verhaftete Schuldner klagt,[20] wenn die Miteigenthümer eines Grundstücks mit der a. finium regundorum einen Nachbarn belangen oder von ihm belangt werden,[21] wenn Mutter und Sohn einem Dritten gegenüber ihre Freiheit geltend machen,[22] und wenn Mehrere auf Grund ihres Miteigenthums oder der Concurrenz von Eigenthum und Nießbrauchsrecht einem Dritten die Freiheit bestreiten,[23] — alles Beispiele, welche das aufgestellte Princip bestätigen, und mit Hülfe dieses Princips sich leicht auch zu analogen Anwendungen verwerthen lassen.

Mit Beziehung auf einen mißverstandenen Titel des Codex[24] pflegt man nun wohl die gemeinsam auftretenden Kläger und die gemeinsam belangten Verklagten, den inneren Zusammenhang der Klagen vorausgesetzt, litis consortes, so wie ihr gleichartiges Ver-

---

16) Hiermit stimmen im Wesentlichen überein Gesterding a. a. O. und Schelling l. c. (Note 11).

17) Quinct. I. O. III. 10, l. 42 §. 6 in f. D. de proc. (3, 3), l. 31 D. de jud. (5, 1), l. 31 §. 5, 7 D. de aedil. ed. (21, 1), l. 84 §. 13 D. de leg. I. (30, 1), l. 5 C. arb. tutelae (5, 51).

18) L. 44 pr. D. de jud. (5, 1), l. 2 D. h. t. (11, 2), l. 10 §. 2, 4 D. de app. (49, 1), l. 5 C. arb. tut. (5, 51), l. 1, 2 C. si plures una sententia condemnati sunt (7, 55). Auf einen ähnlichen Fall deutet l. 39 §. 17 D. de adm. et per. tut. (26, 7) hin.

19) L. 59 §. 3 D. mandati (17, 1).

20) Nov. 99 c. 1 §. 1, woneben zu vergleichen Savigny: Das Obligationenrecht I. §. 26.

21) L. 4 §. 5 D. fin. regund. (10, 1).

22) L. 23 §. 2 D. de lib. causa (40, 12).

23) L. 8 §. 1, 2, l. 9 pr. §. 1 D. eod.

24) Rubr. C. de consortibus ejusdem litis (3, 40). Was dieser sonst nicht vorkommende Ausdruck bedeutet, ist sehr gut von Planck a. a. O. S. 144 fg. nachgewiesen worden; er bezeichnet Mitbesitzer von Grundstücken.

hältniß zum Proceß litis consortium zu nennen, und da, wo die Klagen nicht connex sind, von subjectiver Klagencumulation schlechthin zu reden.[25] Ungerechtfertigt aber ist die in neuerer Zeit oft gehörte Behauptung, daß auch die in diesem Sinn genommene subjective Klagencumulation vom Richter könne zugelassen werden, sofern eine rechtliche Gleichartigkeit oder Aehnlichkeit der Gründe und Beweise für die einzelnen Sachen und folgeweise die processualische Möglichkeit einer ordnungsmäßigen Verhandlung der mehreren Ansprüche in demselben Verfahren zu erwarten sei.[26] Denn steht gleich dieser Annahme kein ausdrückliches Quellenzeugniß entgegen, wie man früherhin irrthümlicher Weise anzunehmen pflegte,[27] so findet sie doch eine indirecte Widerlegung (per argu-

---

25) Vgl. über diesen Sprachgebrauch Linde a. a. O. (Note 11) XV. S. 358 fg. Man verbindet mit dem Ausdruck „litis consortium“ nach l. 2 C. de cons. ejusd. litis (3, 40) die Vorstellung eines gemeinschaftlichen Rechtsstreites, eines „commune negotium“, nicht bloß in dem formellen Sinn eines gemeinsamen Verfahrens, sondern in dem eines gemeinsamen Zweckes, und Martin a. a. O. I. S. 15 bezeichnet daher die Streitgenossen als „mehrere einzelne Personen, welche befugterweise denselben gemeinschaftlichen nächsten Zweck in dem nämlichen Rechtsstreite als einerlei Partei zu erreichen streben.“ Diese Vorstellung leidet, wie man sieht, an großer Unklarheit und Unbestimmtheit; sie führt zu der Folgerung, daß auch die accessorische Intervention ein Litis Consortium begründe. Eben so unhaltbar ist die früherhin von Manchen (s. die bei Martin I. S. 16 Note 1 Citirten) aufgestellte Behauptung, daß das Litis Consortium eine Gemeinschaft des bestrittenen Rechts oder Verbindlichkeit voraussetze; denn dadurch würde das Litis Consortium gerade in den wichtigsten Fällen seiner Anwendung ausgeschlossen werden, überall da nämlich, wo eine Obligation activ oder passiv auf mehrere Erben übergegangen ist, weil das R. R. eine Gemeinschaft der Obligationen nicht anerkennt. Richtig verstanden bezieht sich der Ausdruck „commune negotium“ in der l. 2 C. cit. nicht sowohl auf die Voraussetzungen des Litis Consortium, als auf die processualische Stellung, in der sich die Litis Consorten befinden, ist also nur eine andere Bezeichnung des „unius litis plurium personarum“, von dem die l. 31 §. 1 D. de proc. (3, 3) redet. Uebrigens bedarf es kaum der Bemerkung, daß in Folge der Berichtigung des Sprachgebrauchs, welche wir den Untersuchungen Planck's (s. Note 24) verdanken, heut zu Tage der einmal eingebürgerte Ausdruck „litis consortium“ schlechthin auf das aus einer statthaften subjectiven Klagencumulation entspringende Verhältniß anzuwenden ist.

26) So drückt sich Heffter: System §. 110 in Uebereinstimmung mit Müller a. a. O. (Note 11) I. S. 315 aus, und ihnen sind späterhin Planck a. a. O. (Note *) S. 393, Bayer: Vorträge §. 38 und Renaud: Lehrbuch S. 144, so wie die O. A. Gerichte zu Kiel (bei Seuffert: Archiv V. 67), zu Jena (das. VIII. 296, X. 283), zu Darmstadt (das. XII. 84), zu Dresden (das. XVII. 103) und das A. Gericht zu Flensburg (das. XX. 71) gefolgt.

27) Man berief sich auf l. 6 D. de exc. rei jud. (44, 2): „Singulis controversiis singulas actiones, unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntientur; parere ergo exceptionem rei judicatae frequens est.“ Diese in §. 47 Note 12 besprochene Stelle handelt aber von der exc. rei judicatae. Vgl. Müller a. a. O. (Note 11) I. S. 310 fg.

mentum a contrario) in dem nicht zu beseitigenden Umstande, daß die Verbindung subjectiv verschiedener Ansprüche eben nur auf Grundlage der Connexität erwähnt wird.[28] Zu einem anderen Resultat aber ist auch die Praxis nicht gelangt.[29] Und wo es daher an der Connexität mangelt, können die rein äußeren Vortheile, welche etwa klagender Seits ins Auge gefaßt sind, gegen den Widerspruch des verklagten Theils[30] nicht in Betracht kommen.

Die gesetzlich gestattete subjective Klagencumulation dagegen ist von der Zustimmung des verklagten Theils unabhängig; die Einleitung des Litis Consortium geht ausschließlich vom Kläger oder von den in Folge getroffener Abrede gemeinsam auftretenden Klägern aus. Zwar fällt in so weit die Initiative der anderen Seite zu, als der Kläger nicht hindern kann, daß nach der Litis Contestation die Verklagtenrolle auf mehrere Erben übergeht, oder die Vertheidigung von mehreren Bürgen übernommen wird; nur braucht er sich auch dann nicht mit jedem Einzelnen einzulassen,

---

28) Das Gegentheil hat man in neuerer Zeit mitunter aus l. 25 §. 4 D. fam. erc. (10, 2) gefolgert. Nachdem in §. 3 der allgemeine Satz „De pluribus hereditatibus, quae inter eosdem ex diversis causis communes sunt, unum familiae erciscundae judicium sumi potest“ vorausgeschickt worden ist, fährt der §. 4 so fort: „Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Seiana, posse unum judicium accipi inter tres, Pomponius scribit.“ Hier finden Linde a. a. O. (Note 11) I. S. 317 fg. und Planck S. 127 Note 2, S. 135 fg. den Fall einer nicht durch die Einheit des Rechtsverhältnisses bedingten subjectiven Klagencumulation. In der That aber enthält der §. 4 nur eine Fortentwickelung des in §. 3 ausgesprochenen Gedankens, und beide handeln von der objectiven, nicht von der subjectiven Verbindung der Klagen. Denn auch wenn mehr als zwei Personen an einem Theilungsverfahren participiren, ist dennoch der Rechtsstreit ein einfacher — §. 5 Note 10 — und ein Litis Consortium nicht vorhanden, weshalb denn auch, wenn die Theilung zweier Erbschaften intendirt wird, welche dem A und B, oder dem A und B einerseits, dem A, B und C andererseits angefallen sind, immer nur eine objective Klagencumulation Statt findet.

29) Vgl. Planck a. a. O. S. 392. Daß namentlich die neuere Praxis, wennschon nicht ausnahmslos (Note 26), doch überwiegend für das Erforderniß der Connexität ist, beweisen die Erkenntnisse der O. A. Gerichte zu München (bei Seuffert: Archiv I. 119), zu Dresden (das. III. 107), zu Celle (das. X. 215), zu Wolfenbüttel (das. XV. 248), zu Jena (das. XIX. 189), zu Cassel (bei Heuser: Annalen I. 520, 558). Das bei Seuffert V. 67 mitgetheilte Erkenntniß des O. A. Gerichts zu Lübeck stellt sich allerdings theilweise auf die Seite der Gegner (Note 26), stimmt aber im Wesentlichen mit der richtigen Ansicht gleichfalls überein. Dieselbe Richtung haben neuere Proceßgesetze. Vgl. Linde a. a. O. (Note 11) XVI. S. 120 fg., Heffter: System §. 110 Note 66, Renaud: Lehrbuch S. 145.

30) Daß mit Zustimmung des verklagten Theils auch ohne Connexität die Verbindung zuzulassen sei, kann keinem Bedenken unterliegen. Vgl. Glück: Commentar IV. S. 17, Schmid: Handbuch II. S. 22, Erk. des O. A. Gerichts zu Celle bei Seuffert: Archiv I. 365.

sondern kann, damit seine Lage nicht schlechter werde, die Bestellung eines gemeinsamen Procurator verlangen, während der Verklagte im Fall des Absterbens des Klägers einen solchen Anspruch nicht hat.[31] Eben so wenig aber ist der Verklagte andererseits berechtigt, der gesonderten Klagestellung zu widersprechen und das Litis Consortium zu fordern,[32] außer in wenigen gesetzlich ausgezeichneten Fällen, in welchen er die Einlassung auf die einzelne Klage in Form einer Proceßeinrede, der s. g. exc. plurium litis consortium, unter der Voraussetzung verweigern darf,[33] daß die Vereinigung der Klagen nicht durch äußere Umstände erschwert oder unmöglich gemacht ist.[34] Nämlich

a. wenn einer von mehreren Vormündern wegen der angeblichen Insolvenz der übrigen in solidum belangt wird, indem anzunehmen ist, daß die gemeinsame Belangung aller Vormünder dem Richter die beste Gelegenheit gibt, die einen jeden von ihnen treffende Haftung auf das rechte Maaß zurückzuführen;[35] und aus gleichem Gesichtspunct,

b. wenn sich die Klage gegen eine von mehreren durch dasselbe Geschäft pro rata oder in solidum verpflichteten und gegenseitig als Bürgen verhafteten Personen auf mehr als die entsprechende Quote richtet.[36]

---

31) L. 5 §. 7 D. jud. solvi (46, 7) vgl. mit l. 48 D. fam. erc. (10, 2), l. 42 §. 6, 7 D. de proc. (3, 3).

32) Bis vor Kurzem nahm man sehr gewöhnlich an, der Kaiser Constantin habe dem Verklagten ein solches Widerspruchsrecht eingeräumt, der Kaiser Julian aber habe dasselbe wieder aufgehoben, und fand diese Annahme in l. 1 C. Th. de dominio rei, quae poscitur, vel consortibus ab eo, cui denunciatum fuerit, postulandis (2, 5) vgl. mit l. 1 C. de cons. ejusd. litis (3, 40) begründet. Das richtige Verständniß dieser Stellen hat aber Planck a. a. O. S. 138 fg. eröffnet, indem er nachgewiesen hat, daß sich dieselben auf die rei vindicatio in der Richtung gegen einen von mehreren Mitbesitzern eines Grundstücks beziehen.

33) Planck S. 128 unterstellt in diesen Fällen, daß die mehreren Kläger gleichzeitig aufgetreten seien oder die mehreren Verklagten gleichzeitig belangt worden seien, und meint, der Prätor habe dann auf Verlangen des verklagten Theils für alle Klagen denselben judex bestellen müssen. Allein diese Auffassung läßt sich ungezwungen nur in dem nicht mehr practischen Falle rechtfertigen, „si plures sibi dominium servi vindicent, dicentes esse communem." Vgl. l. 8 §. 1, 2, l. 9 pr. §. 1 D. de lib. causa (40, 12).

34) L. 44 pr. D. de jud. (5, 1).

35) L. 2 D. h. t. (11, 2) [„Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sunt idonei, convenitur, postulante eo, omnes ad eundem judicem mittuntur, et hoc rescriptis principum continetur"], l. 5 C. arb. tut. (5, 51).

36) Nov. 99 c. 1 §. 1 (s. Note 20): „Si autem iisdem commorentur utrique aut omnes locis, sancimus, negotii judicem deducere illos mox, et

Die Stellen des R. R., welche diese Fälle behandeln, drücken sich so aus, als ob auf Antrag des Verklagten[37] das Verfahren sofort gegen alle Schuldner eingeleitet werde („postulante eo, omnes ad eundem judicem mittuntur"). Dieß ist indeß nicht möglich ohne eine entsprechende Klage; der Antrag des Verklagten ist daher als eine Einrede rein processualischer Art zu denken, gerichtet auf vorläufige Abweisung der gegen den einzelnen Schuldner angestellten Klage, und durch diese Richtung von der (dem materiellen Recht angehörigen) dilatorischen exc. divisionis unterschieden, welche zur Zeit des Formularprocesses, wenn es zum judicium kam und die Solvenz der übrigen Schuldner bewiesen wurde, die Consumtion der angestellten Klage und die völlige Freisprechung des Verklagten zur Folge haben mußte, nach dem späteren Recht aber und eben so heut zu Tage die partielle Freisprechung unter Vorbehalt der Klage auf den Rest bewirkt.[38]

Eine sehr bestrittene Frage ist nun aber, ob die s. g. exc. plurium litis consortium auch durch die Untheilbarkeit des der Klage zu Grunde liegenden Rechts begründet werde.[39] Um in dieser Sache klar zu sehen, muß man zunächst diejenigen Fälle ausscheiden, in welchen wegen der juristischen Untheilbarkeit des streitigen Rechts jedem Interessenten eine Klage in solidum gegeben wird, wie namentlich, wenn das zur Anstellung der a. confessoria legitimirende Eigenthum am praedium dominans Mehreren zusteht,[40] oder die auf Bestellung einer Prädialservitut gerichtete Obligation activ oder passiv auf mehrere Erben übergegangen ist.[41] Hier fehlt es noch nach dem heutigen Recht für

communiter examinare negotium: communiter autem inferre sententiam. Sic enim et rei omnes obligabuntur, et substantiae eorum qualitas examinabitur: et debitum similiter quidem secundum justitiae, similiter autem secundum legum ordinem procedet." Uebereinstimmend Erk. des O. G. zu Wolfenbüttel bei Seuffert: Archiv XXVII. 175. Vgl. zu Nov. 99 cit. Wieding: Der justin. Libellpr. S. 635. fg.

37) Dieser muß in nov. 99 c. 1 §. 1, wo er nicht ausdrücklich erwähnt ist, subintelligirt werden. Vgl. Savigny: Das Obligationenrecht I. S. 284 Note n.

38) Daß der Verklagte die Solvenz der übrigen Schuldner zu beweisen hat, ersieht man aus der in l. 28 D. de fidejuss. (46, 1) mitgetheilten Fassung der exc. divisionis, und in der Schwierigkeit dieses Beweises mag der Grund für die Einführung eines bequemeren Vertheidigungsmittels gelegen haben.

39) Die bisherigen Untersuchungen dieser Frage sind, wie Planck S. 401 mit Recht bemerkt, sehr unbefriedigend.

40) L. 4 §. 3, 4, l. 19 D. si serv. vind. (8, 5), l. 1 §. 5 D. de arb. caed. (43, 27). Vgl. auch l. 31 §. 7 D. de neg. gest. (3, 5).

41) L. 2 §. 2, l. 72 pr. D. de V. O. (45, 1), l. 17 D. de serv. (8, 1), l. 25 §. 9—11 D. fam. erc. (10, 2), l. 7 D. de serv. leg. (33, 3), l. 80 §. 1 D. ad

die Gestattung jener Einrede an allem Grunde. Schwierigkeiten dagegen macht der Eintritt mehrerer Erben in solche Obligationen, welche auf einen factisch untheilbaren Gegenstand, d. i. auf ein facere gehen, und darum eine partielle Zahlung nicht zulassen (non nisi totum solvi potest). Wie das R. R. annimmt, sind diese Obligationen ihres eigenthümlichen Gegenstandes ungeachtet ipso jure unter den Erben getheilt und können von jedem Erben und gegen jeden pro parte geltend gemacht werden (pro parte peti potest), weil die Intention der aus ihnen entspringenden Klagen, der condictio incerti und der b. f. actiones, auf das Interesse (quidquid dare facere oportet, bei den b. f. actiones mit dem Zusatz ex bona fide), also auf Geldeswerth gerichtet ist.[42] Nach den neueren Rechtsgrundsätzen soll nun aber dasjenige eingeklagt werden, was geschuldet ist, auch wenn dies in einem facere besteht,[43] und sollte daher ein facere den Gegenstand einer in den Erbgang gekommenen Obligation bilden, so können sich unmöglich Klagbitte und Verurtheilung auf einen Theil des facere richten. Unter diesen Umständen sehen Manche[44] das Litis Consortium als unvermeidlich, und die exc. plurium litis consortium als das zur Erzwingung desselben geeignete Mittel an. Allein in ihren gesetzlichen Anwendungen[45] tritt diese Einrede immer nur Klagen entgegen, welche an sich begründet sind, während die auf ein getheiltes facere gerichtete Klage etwas Unmögliches fordern, und somit rechtlich nicht begründet sein würde. Getheilt

---

leg. Falc. (35, 2). Vgl. auch Erk. des O. A. G. zu München bei Seuffert XXII. 111.

42) Die Entscheidung dieses Falles ist nicht unbestritten. Vgl. l. 85 §. 2 D. de V. O. (45, 1) mit l. 2 §. 5, l. 72 pr. D. eod., l. 44 §. 5 D. fam. erc. (10, 2), l. 49 §. 4 D. de leg. II. (31, 1), l. 11 §. 23 D. de leg. III. (32, 1). Savigny: Das Obligationenrecht I. S. 358 fg., welchem im Wesentlichen auch Ubbelohde: Die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 251 fg. und Windscheid: Lehrbuch §. 299 Note 7 folgen, nimmt an, daß die obligationes faciendi in jeder Beziehung eben so behandelt worden seien, wie die auf Bestellung einer Prädialservitut gerichteten Obligationen, während der Text aus Gründen, die hier nicht weiter ausgeführt werden können, bei der von Donellus in tit. Dig. de verb. oblig. l. 72 nr. 25 sequ., nr. 50 sequ., Ribbentrop: Zur Lehre von den Correal-Obligationen S. 223 fg., Scheurl: Comm. ad l. 2, 3, 4, 72, 85 de V. O. Erl. 1835 ausgeführten Ansicht stehen geblieben ist. Für das heutige Recht wird jedoch von dieser Streitfrage Wenig oder gar Nichts abhängen.

43) S. §. 46 S. 555.

44) So vor Allen Ribbentrop a. a. O. S. 184, dann auch, obschon nicht mit ausreichender Einsicht in die Bedeutung der Frage, Schmid: Handbuch II. S. 148.

45) S. oben Note 35 und 36.

aber müßte das facere auch als Gegenstand der vereinigten Klagen gedacht werden, wenn man nicht annimmt, mit jeder derselben werde das facere ganz gefordert, und versteht man sich einmal zu dieser Annahme, so fällt die Nothwendigkeit des Litis Consortium ohnedies hinweg, da dann auch der einzelne Erbe in solidum klagen und verklagt werden kann. Gerade hierauf aber weist schon das R. R. durch die Behandlung der actiones arbitrariae hin, welche insofern vorbildlich für die heutige Urtheilsfassung geworden sind, als sie von jeher der Verurtheilung in Geld einen jussus de restituendo vel exhibendo vorausgehen ließen.

Will man den Einfluß bestimmen, welchen der Eintritt mehrerer Erben auf die actiones arbitrariae ausübt, so muß man zwei Arten derselben unterscheiden, solche, die auf einem Contractsverhältniß beruhen, wie die a. depositi, commodati u. s. w., und solche, welche eine andere Grundlage haben, wie vor Allem die Eigenthumsklage. Bei den letztern kommt das vor dem Tode bestandene Streitverhältniß (actio) gar nicht in den Erbgang. Denn stirbt z. B. der Eigenthümer, so klagen die Erben als Miteigenthümer auf Restitution ihrer ideellen Antheile, und stirbt der Besitzer, so haftet jeder Erbe nicht als Erbe, sondern als Besitzer, wenn und so weit er die facultas restituendi hat.[46] Wofern dagegen eine contractliche Restitutionspflicht activ oder passiv vererbt wird, müßte sie der sonst geltenden Regel gemäß ipso jure in so viele Obligationen zerfallen, als Erben vorhanden sind, und jeder Erbe auf die entsprechende Quote des Interesses klagen und verklagt werden, wenn nicht der der Condemnation vorausgehende jussus de restituendo eine andere Gestaltung des Verhältnisses nothwendig machte. Da nämlich eine partielle Restitution (nicht zu verwechseln mit der Restitution eines ideellen Theils) unmöglich ist, und deshalb der Restitutionsbefehl sich nur auf die ungetheilte Leistung der geschuldeten Sache richten kann, so nimmt das R. R. an, daß die Erben in die ihnen zufallende Obligation activ und passiv in solidum eintreten. Jeder Erbe des Schuldners haftet daher an sich für die ganze Sache, ist jedoch, wenn er dieselbe ohne sein Verschulden ganz oder theilweise nicht zu Handen bekommen, in eben so weit von der Restitutionspflicht frei, und

46) L. 55 D. de R. V. (6, 1). Die l. 31 D. de jud. (5, 1) und l. 2 §. 2 D. de praet. stip. (46, 5) handeln von dem Falle, wo der Tod nach der Litis Contestation eintritt.

folglich als Mitbesitzer nur wegen der von ihm detinirten Quote verhaftet.[47] Eben so klagt umgekehrt jeder Erbe des Gläubigers in solidum, wennschon nur einmal geleistet zu werden braucht, weshalb der einzelne Erbe, an welchen restituirt wird, den Schuldner gegen die Klagen der übrigen sicherzustellen hat,[48] und wenn es zur Verurtheilung in Geld kommt, nicht Mehr als den seinem Interesse (quanti ea res est) entsprechenden Betrag erhält.[49] Alles dies aber gilt doch nur da, wo die obligatio restituendi selbst auf den Erben übergeht. Sollte sie sich bereits vor dem Tode des einen oder anderen Theils in eine Verpflichtung zum Schadenersatz umgewandelt haben, so tritt auf beiden Seiten wieder die Regel in Kraft, und wie dem einzelnen Erben des Gläubigers die Aestimation ohnehin nur theilweise zugesprochen wird, so wird nun auch der einzelne Erbe des Schuldners nur theilweise in die Aestimation verurtheilt.[50]

Der neuere Grundsatz nun, nach welchem Klagbitte und Urtheil so viel wie möglich auf den natürlichen Gegenstand des streitigen Rechts gerichtet werden sollen, hat hieran Nichts geändert, da er nur eben den Restitutionsbefehl als wirkliches Urtheil erscheinen läßt. Dagegen stellt er die aus den obligationes faciendi entspringenden Klagen mit den actiones arbitrariae in der vorliegenden Beziehung auf gleichen Fuß, und bewirkt demnach, daß auch sie sich, so lange sie auf das facere selbst und nicht auf das Interesse gerichtet sind, in solidum vererben. Wenn daher ein Erbe des Gläubigers klagt, so erwirkt er die Verurtheilung des Schuldners in das ganze facere, muß jedoch gegen die Klagen der übrigen Erben Sicherheit leisten, und kann in der Liquidationsinstanz nur sein subjectives Interesse, d. i. den seiner Erbschaftsquote entsprechenden Theil des Gesammtwerths des facere liquidiren, — während der einzelne Erbe des Schuldners nicht nur in das ganze facere, sondern, wenn allein belangt, in der Liquidationsinstanz auch in das ganze Interesse verurtheilt wird, ohne sich wie den actiones arbitrariae gegenüber darauf berufen zu können,

---

47) L. 3 §. 3 D. commod. (13, 6), l. 22 D. depos. (16, 3) und dazu Ribbentrop a. a. O. S. 136 fg.

48) L. 1 §. 36, l. 14 pr. D. depos. (16, 3), l. 81 §. 1 D. de solut. (46, 3).

49) Arg. l. 4 §. 3 D. si serv. vind. (8, 5), l. 25 §. 9 D. fam. erc. (10, 2) und dazu Ribbentrop a. a. O. S. 239.

50) L. 7 §. 1 D. depos. (16, 3) und dazu Ribbentrop a. a. O. S. 136 a. E.

daß das die Leistung des geschuldeten facere bedingende Verhältniß, z. B. der Besitz der zu tradirenden[51] Sache, nicht auf ihn übergegangen sei, indem ihm vielmehr überlassen bleibt, seine Miterben zur Hülfeleistung zu bestimmen und demnächst mit einem Regreßanspruch gegen sie aufzutreten.

Die obligationes faciendi geben sonach zu der exc. plurium litis consortium in Wirklichkeit keine Veranlassung.[52] Eben so wenig aber diejenigen Obligationen, welche auf einen von mehreren alternativ oder in genere zur Wahl des Schuldners verstellten Gegenständen gehen.[53] Denn das Object dieser Obligationen ist eigentlich das Wählen, allerdings das durch die Eigenthumsübertragung des gewählten Gegenstandes reell zu vollziehende Wählen, aber dennoch kein dare, sondern ein facere. Eher könnte jene Einrede in dem anderen Falle begründet scheinen, wo der Gläubiger die Wahl unter mehreren Sachen (Stichum aut Pamphilum dari) oder mehreren aus derselben Obligation entspringenden Klagen hat. Wollte hier der eine Erbe des Gläubigers auf den ihm zustehenden Theil allein klagen (z. B. auf die ideelle Hälfte des Stichus), so wäre zu befürchten, daß der zweite eine andere Wahl träfe (z. B. die ideelle Hälfte des Pamphilus wählte), und deshalb braucht der Schuldner sich auf die gesondert angestellte Klage überhaupt nicht einzulassen.[54] Die ihm dieserhalb zustehende Vertheidigung aber ist nicht die exc. plurium litis consortium, sondern die exc. pluris petitionis, da der Schuldner nur das Eine oder Andere, nicht einen Theil des Einen und einen Theil des Anderen zu leisten hat.[55]

51) Daß auch das tradere ein facere und untheilbar ist, behauptet nach l. 72 pr. D. de V. O. (45, 1) mit Recht Ribbentrop a. a. O. S. 215 Note 27, während Savigny a. a. O. (Note 42) I. S. 335 fg. und Ubbelohde a. a. O. (Note 42) S. 37 fg. aus inneren Gründen den klaren und unzweideutigen Ausspruch jener Stelle zu widerlegen suchen. Diese Gründe laufen auf eine Identificirung des tradere und dare hinaus.

52) Hiermit hat sich in neuerer Zeit Ubbelohde a. a. O. S. 282 fg. einverstanden erklärt, und zu dem gleichen Resultat kommt auf anderem Wege auch Savigny a. a. O. I. S. 380, 381.

53) L. 85 §. 4 D. de V. O. (45, 1) vgl. mit l. 2 §. 1—3 D. eod., l. 26 §. 14 D. de cond. ind. (12, 6) und dazu Ribbentrop a. a. O. §. 23.

54) L. 31 §. 5 D. de aedilit. ed. (21, 1), l. 84 §. 13 D. de leg. I. (30, 1).

55) Auf die exc. pluris petitionis deuten auch die Schlußworte der in Note 54 citirten l. 84 §. 13 D. de leg. I. hin: „Sed si consenserint, rem communiter habebunt; consentire autem vel sua sponte debent, vel judice imminente.“ Der Nachtheil, mit welchem hier gedroht wird, ist offenbar der mit der pluris petitio verbundene; wenn sich die Erben des Gläubigers nicht freiwillig einigten, so drohte der Magistrat mit der Verleihung der von ihnen ge-

Daß Klagen, welche sich gegenseitig ausschließen, wie überhaupt, so auch subjectiv nicht cumulirt werden können, wurde schon oben bemerkt. Unstatthaft ist es also, daß mehrere correi credendi gemeinsam auf das Ganze klagen, weil aus der alternativen Berechtigung derselben nur eine Klage entspringt, und deshalb die Intention des Einen mit der des Anderen in Widerspruch kommt. Dagegen steht Nichts im Wege, daß sie gemeinsam pro rata klagen; eben so wenig, daß mehrere correi debendi [nach l. 28 C. de fidejuss. (8, 41)] oder mehrere solidarisch Verpflichtete gemeinsam in solidum belangt werden, sofern nur die Klagbitte bestimmt auf die Verurtheilung Aller und nicht etwa auf die des Einen oder Anderen geht. Denn da die mit dem einen Schuldner vorgenommene Litis Contestation die übrigen nicht befreit, so muß die Verurtheilung aller Schuldner gleichzeitig erbeten und gleichzeitig ausgesprochen werden können, ohne daß das ursprüngliche Rechtsverhältniß darunter leidet.[56]

2. Von objectiver Klagencumulation reden wir, wenn mehrere Klagansprüche gleichzeitig und in Verbindung von demselben Kläger gegen denselben Verklagten verfolgt werden („si idem cum eodem pluribus actionibus agat“[57]). Beispiele einer derartigen Verbindung kommen in den Quellen nicht allzu häufig vor, und auch die wenigen Beispiele, welche vorkommen, lassen nicht immer erkennen, was für Klagen als mit einander verbunden gedacht sind.[58] Wo aber die Klagen, um deren Verbindung es sich handelt, genannt werden, erscheinen sie als innerlich zusammenhängend,[59] und daß dies nicht zufällig ist, wird daraus zu schließen sein, daß das R. R. bestimmte Fälle bezeichnet, in denen es auf die Connexität nicht ankommen soll. So namentlich, wenn unter denselben Personen mehrere Theilungsansprüche, einerlei ob

---

forderten verschiedenen Formeln, deren Erfolg die definitive Abweisung der angestellten Klagen war. Uebrigens hat Justinian für die optio legata einen anderen Ausweg geschaffen. Vgl. l. 3 pr. C. comm. de leg. (6, 43), §. 23 I. de leg. (2, 20).

56) S. Note 7, und die Entscheidung des O. G. zu Wolfenbüttel bei Seuffert: Archiv XIX. 22. Daß die Verurtheilung mehrerer gemeinsam Belangter in solidum möglich ist, erkennt das R. R. in l. 1 C. si plures (7, 55) ausdrücklich an. Ueber die Execution vgl. die Entscheidung des Handels-A. G. zu Nürnberg bei Seuffert XXII. 279.

57) Diesen Ausdruck gebraucht die l. 11 pr. D. de jurisd. (2, 1).

58) So in l. 11 pr. D. de jurisd. (2, 1).

59) Wie in l. 10 D. de A. E. V. (19, 1), l. 17 D. de appell. (49, 1). Auch an l. 18 D. de exc. (44, 1) darf erinnert werden.

von gleicher oder von verschiedener Art,[60] oder mehrere Societäten bestehen.[61] Diese Fälle hervorzuheben, wäre vollkommen unnütz gewesen, wenn die objective Klagencumulation lediglich von Rücksichten der Zweckmäßigkeit abhinge; vielmehr liegt in ihnen ohne Zweifel eine Ausnahme vor. Und soll nun nach einer der einschlagenden Stellen[62] ein Theilungsverfahren für mehrere, „ex diversis causis" gemeinsame Erbschaften ausreichen, so muß wohl die regelmäßige Voraussetzung der objectiven Klagencumulation (eben so wie die der subjectiven) in der Connexität der Klagen, und der Grund jener Ausnahme in der dem Theilungsgeschäft aus der größeren Zahl der zu theilenden Objecte erwachsenden Erleichterung gefunden werden. Danach darf man die condictio furtiva und a. furti, die Darlehnsklage und Zinsforderung, so wie andere in ähnlichen Beziehungen stehende Klagen,[63] nicht minder aber mehrere Rechnungsposten mit einander cumuliren. Haben diese ihr Fundament in derselben Obligation (in der Vormundschaft, dem Mandat u. s. w.),[64] so versteht sich die Statthaftigkeit ihrer Vereinigung von selbst, weil überhaupt nur eine Klage existirt. Wenn sie dagegen auf verschiedenen Geschäften beruhen, und den Character von Rechnungsposten nur dadurch erhalten haben, daß sie auf Credit contrahirt und in die Rechnungsbücher des Gläubigers aufgenommen worden sind, so hängen sie zwar nicht an sich, wohl aber insofern zusammen, als Zahlungen auf die Gesammtsumme und nicht auf die einzelnen Posten geleistet zu werden pflegen. Denn klagt der Gläubiger nach Empfang einer Abschlagszahlung die seiner Meinung nach noch nicht getilgten Posten einzeln ein, so muß er, um die Zahlungseinrede zu elidiren, in jeder einzelnen Sache das ganze Verhältniß selbständig darlegen und, so viel davon geleugnet wird, beweisen, in der That also in verschiedenen Processen denselben Streitpunct zur Erörterung und richterlichen Entscheidung bringen. Dieses gemeinsamen Streit-

60) L. 1 D. h. t. (11, 2) [„Si inter plures familiae erciscundae agetur, et inter eosdem communi dividundo aut finium regundorum, eundem judicem sumi; praeterea, quo facilius coire coheredes vel socii possint, in eundem locum omnium praesentiam fieri oportet"], l. 25 §. 3, 4 D. fam. erc. (10, 2), und dazu Note 28.

61) L. 52 §. 14 D. pro socio (17, 2): „Si plures sint inter eosdem societates coitae, ad omnes societates sufficere hoc unum judicium constat."

62) L. 25 §. 3 D. fam. erc. (10, 2), abgedruckt in Note 28.

63) Von der Verbindung des petitorium und possessorium, mit welcher sich das C. R. viel beschäftigt, wird im folgenden §. die Rede sein.

64) Vgl. l. 29 §. 1 D. de minor. (4, 4), l. 10 §. 1 D. de app. (49, 1).

puncts wegen aber müssen die einzelnen Klagen auch vereinigt geltend gemacht werden können, und da derselbe nicht nothwendig in dem Klaglibell selbst hervorzutreten braucht, so wird zur Begründung der Connexität schon die bloße Möglichkeit einer Zahlungseinrede als ausreichend zu betrachten sein.

In diesen Schranken also steht dem Kläger, wie man nach R. R. annehmen muß, ein Recht auf die objective Klagencumulation zu, welches ihm um äußerer Schwierigkeiten willen nicht verkürzt werden darf. Indeß hat von alter Zeit her die Praxis auch nicht connexe Klagen zu gemeinsamer Verhandlung zugelassen,[65] und die obigen Erörterungen würden daher gemeinrechtlich[66] ohne jede practische Bedeutung sein, wenn der Richter im Gebiete dieser Erweiterungen nicht freiere Hand hätte, und die Cumulation untersagen dürfte, sofern sie Verwirrung zu erzeugen droht.

Eine practisch nicht unwichtige Frage ist, ob mehrere Klagen auch alternativ mit einander cumulirt werden dürfen. Dies ist zuerst in dem Fall zu verneinen, wo mehrere Objecte alternativ oder in genere aus einer Obligation geschuldet werden. Denn da aus der einen Obligation nur eine Klage entspringt, so kann von einer Klagencumulation gar nicht die Rede sein, einerlei ob der Gläubiger oder ob der Schuldner das Wahlrecht hat. Dort muß der Gläubiger dasjenige Object einklagen, welches er wählt; hier fordert er, und dazu eignet sich immerhin auch ein alternativer Ausdruck, daß der Verklagte wähle und das gewählte Object leiste. — Eben so wenig kann alternativ geklagt werden, wo zwei Obligationen auf dasselbe Object in der Art gerichtet sind, daß die Zahlung aus der einen Obligation die andere tilgt, weil die alternative Klagestellung unbestimmt ließe, welche der beiden zuständigen Klagen eigentlich angestellt sein solle.[67] Dagegen steht der copulativen Verbindung solcher Klagen Nichts im Wege, wie sich daraus ergibt, daß die processualischen Vorgänge, welche die eine Obligation betreffen, insbesondere Litis Contestation und Urtheil,

---

65) Vgl. Gaill: Obs. I. 61 nr. 1, Planck a. a. O. (Note *) S. 356. Einen Beweis für die Zulässigkeit kann c. 2 in VI. de test. (2, 10) nicht abgeben.

66) Anders nach manchen Particularrechten, welche (wie das kurhessische Gesetz vom 18. Oct. 1834 §. 3) die Verbindung minder wichtiger Sachen nur unter Voraussetzung einer Connexität zulassen, damit das für dieselben vorgeschriebene einfachere Verfahren möglich bleibe.

67) Arg. l. 7 §. 5 D. de injur. (47, 10). Vgl. dazu Gaill: Obs. I. 62 nr. 1.

auf die Existenz der anderen ohne Einfluß sind; kann gegen die gleichzeitige Geltendmachung beider Obligationen in gesondertem Verfahren kein Einwand erhoben werden, so muß auch die Verbindung beider Klagen zu einem Verfahren gestattet sein. Natürlich aber geht im Fall einer zwiefachen Verurtheilung das Verhältniß, welches vor der Litis Contestation unter den Obligationen bestand, auf die aus dem Judicat entspringenden Ansprüche über, und der Richter darf daher das über die cumulirten Klagen erkennende Urtheil nicht so fassen, daß vom Verklagten mehrmals Dasselbe beigetrieben werden kann. Dieser Rücksicht entspringt am besten die Form einer einfachen Condemnation, welche dem Kläger den Gegenstand beider Klagen bloß einmal zuerkennt, jedoch den etwaigen Mehrbetrag der einen Klage dazu schlägt, und da, wo die Objecte der Klagen verschieden sind, obwohl sie gegenseitig als Aequivalente gelten, den Verklagten schuldig spricht, nach des Klägers Wahl eines von beiden zu leisten. Ein Beispiel für den letzten Fall bietet die Verbindung der persönlichen Klage mit der a. hypothecaria, in Folge deren die Verurtheilung auf Zahlung der Schuld, und für den Fall des Ausbleibens der Zahlung auf Restitution des Pfandobjects geht.[68]

Unstatthaft ist aber ferner auch die alternative Cumulation von Klagen, welche auf unvereinbaren Voraussetzungen beruhen (wie der a. de pauperie und der a. ex lege Aquilia), weil abgesehen davon, daß die Unbestimmtheit des Willens der alternativen Klagencumulation überhaupt entgegensteht, zur Begründung der einen Klage Behauptungen erforderlich sind, welche den die andere fundirenden Behauptungen widerstreiten, und umgekehrt, mithin keine von beiden als begründet gelten kann.[69] Nur dann verhält

68) Vgl. Gaill: Obs. I. 62 nr. 8, Petr. Friderus l. c. (Note *) XI. §. 8, Leyser: Medit. IV. 224 m. 2, Glück: Commentar XVIII. S. 343. Dieses Beispiel ist nur insofern eigenthümlich, als der Verklagte sich von der Restitution des Pfandobjects jedenfalls durch die Zahlung der persönlichen Schuld freimachen kann, weshalb nach einer alten, von jenen Schriftstellern bezeugten Praxis der Richter selbst auf Grund der einfachen a. hypothecaria den Verklagten zur Restitution oder Zahlung verurtheilen soll. Wenn aber im Falle der Cumulation der persönlichen Klage mit der Pfandklage die Verurtheilung auf beide ausgesprochen worden ist, so ist es dem Verklagten nicht erlaubt, den wegen der persönlichen Schuld gestellten Executionsantrag durch die Restitution des Pfandobjects von sich abzuwenden. Daher formulirt Petr. Friderus l. c. die Klagbitte so: „ut debitor ad solvendum et donec satisfaciat ad tradendam hypothecae aut pignoris possessionem condemnetur."

69) Petr. Friderus l. c. XI. §. 16 in f.

sich dies anders, wenn beide Klagen zwar objectiv betrachtet einander ausschließen, aber nichtsdestoweniger durch dieselben Thatsachen zu begründen sind, und die Entscheidung der Frage, welche von ihnen Bestand behalte, von der Vertheidigung des Verklagten abhängig machen. So ist es mit der hereditatis petitio und dem interdictum quod legatorum.[70] Zur activen Begründung dieser Klagen gehört die Darlegung des Erbschaftserwerbes, zur passiven die der Occupation von Erbschaftssachen. Wird die Occupation bewiesen, so gilt der Verklagte zunächst als pro possessore possidens; er kann aber den Verdacht der mala fides und die damit verbundenen Nachtheile durch den Beweis von Umständen abwenden, welche ihn verleitet haben, sich für den Erben oder mit dem Legat der occupirten Sachen honorirt zu halten.[71] Vermag er seinen Besitz namentlich als possessio pro legato darzustellen, so wird die H. P. abgewiesen und die Verurtheilung auf das interdictum quod legatorum gegründet, sonst aber wird das Interdict abgewiesen und auf die H. P. hin verurtheilt. Offenbar nun hat dieser schon im R. R. erwähnte Fall die Eigenthümlichkeit, daß der Kläger sagen kann, beide Klagen seien begründet, mit jeder lasse sich die Verurtheilung, und zwar die Verurtheilung auf wesentlich Dasselbe erreichen, und es sei daher gleichgültig, welche als definitiv angestellt betrachtet werde. Nichts desto weniger ist die Verurtheilung auf beide Klagen und folglich auch die copulative Verbindung derselben undenkbar, und sollten daher positive Vertheidigungsgründe nicht vorgebracht oder nicht bewiesen werden, so scheint aus der Unbestimmtheit der Klagestellung für den Richter doch wieder eine Verlegenheit zu entstehen. In der That ist dann aber der Verklagte auf Grund der H. P. als praedo zu verurtheilen, und die Sache hat somit folgende Gestalt. Zunächst will es der Kläger mit der H. P. versuchen; für den Fall jedoch, daß diese Klage durch den Nachweis einer possessio pro legato elidirt werden würde, d. h. eventuell, soll das interdictum quod lega-

70) L. 1 §. 4 D. quod legat. (43, 3): „Quia autem nonnunquam incertum est, utrum quis pro legato, an pro herede vel possessore possideat, bellissime Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam, et hoc interdictum reddendum, ut sive quis pro herede vel pro possessore possideat, petitione hereditatis teneatur, sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur, quemadmodum solemus facere, quoties incertum est, quae potius actio teneat; nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingat."

71) S. hierüber Wetzell: Der römische Vindicationsproceß S. 139, 140.

torum als die weniger vortheilhafte Klage angestellt sein. Die alternative Verbindung dieser Klagen ist also im Sinn einer eventuellen Verbindung zu deuten.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der schon im C. R. vorkommenden und noch von der heutigen Praxis täglich in Anwendung gebrachten alternativen Cumulation der rei vindicatio und der Publiciana in rem actio.[72] Auch bei der Cumulation dieser Klagen ist die Absicht des Klägers principaliter auf die Geltendmachung des Eigenthums gerichtet, die ungünstigere Publiciana actio ist nur eventuell erhoben. Im Vergleich mit dem vorigen Fall aber tritt hier doch der Unterschied hervor, daß die R. V. zwar dieselben Voraussetzungen wie die Publ. a. hat, daneben aber noch andere, und daß die für die eventuelle Klage gestellte Bedingung gerade in dem mißlungenen Beweise dieser anderen Voraussetzungen besteht.[73]

Während sonach genau genommen die alternative Klagencumulation allgemein unstatthaft ist, ist andererseits die eventuelle keineswegs allgemein statthaft. Zunächst schon könnten Klagen, welche auf unvereinbaren Thatsachen beruhen, so wenig eventuell wie alternativ mit einander verbunden werden. Sodann aber würde die eventuelle Klagestellung jedenfalls nicht vor Eintritt der ihr beigefügten Bedingung, und auch nachher nicht ohne erneuerten

---

72) C. 3 in VI. de sent. et re judic. (2, 14): „Abbas de Bonefac. pro se et conventu suo proponens, locum de Rosellis esse praedicti monasterii jure dominii vel quasi, et cum suis finibus ex largitione regis Aragoniae ad ipsum monasterium pertinere, petiit adjudicari eidem monasterio locum ipsum et vos exinde amoveri. —“ Die Bitte um „Anerkennung des Eigenthums vel quasi“ ist noch heut zu Tage für die Verbindung jener Klagen gebräuchlich.

73) Einen ähnlichen, ausführlicher entwickelten Fall enthält c. 8 X. de in int. rest. (1, 41). Diese Stelle gehört nur insoweit hierher, als sie sich auf die Anfechtung des für die Supplicanten von deren Vater abgeschlossenen Verkaufs bezieht. Um Annullation dieses Verkaufs oder um Restitution gegen denselben ist auf Grund der minor aetas gebeten worden, und der Papst rescribirt darauf: „Quocirca mandamus, quatenus si praemissa inveneritis veritate subnixa, vel venditionem praedictam — — nullam nuntiare curetis, si in ea debita juris solemnitas est omissa, vel si forsitan intervenerit et eos laesos esse constiterit, — — auctoritate nostra in integrum restituere studeatis.“ Auch hier ist die Verurtheilung auf beide Klagen undenkbar; denn die Restitution setzt voraus, daß der Verkauf gültig sei. Allein die Bitte um Nichtigerklärung wird durch die Minderjährigkeit, d. i. durch eine Thatsache begründet, welche auch dem Restitutionsgesuch zu Grunde liegt, und jener Bitte gegenüber ist es die Aufgabe des Verklagten, die Beobachtung der gesetzlichen Formen, also die Gültigkeit des Verkaufes darzuthun. Nur für den Fall, daß dieser Beweis gelingen sollte, ist zugleich das Restitutionsgesuch eingereicht.

Antrag zur Einleitung von Verhandlungen führen, was denn nichts Anderes hieße, als daß sie überhaupt unwirksam sei. Soll der Richter nicht bloß über die principale, sondern sofort auch über die eventuelle Klage Verhandlungen einleiten, so muß sich dies gleichsam von selbst aus dem Verhältniß ergeben, in welchem beide Klagen zu einander stehen, indem deren factische Grundlagen, soweit sie vom Kläger nachzuweisen sind, sich entweder als identisch, oder als nur quantitativ, nicht qualitativ verschieden darstellen. Auch darf die Vertheidigung des Verklagten durch die gleichzeitige Verhandlung nicht eingeengt und der Erfolg der zweiten Klage von keiner anderen Eventualität als von der Abweisung der ersten abhängig gemacht werden.

Uebrigens geht die objective Klagencumulation, wie sich von selbst versteht, vom Kläger aus, und der Verklagte ist nicht befugt, die Einlassung auf eine allein angestellte Klage unter dem Vorgeben zu verweigern, daß deren Verbindung mit anderen Klagen zuläßig oder rathsam gewesen wäre; eine der exc. plurium litis consortium entsprechende Einrede gibt es nicht.[74] Dagegen kann der Verklagte seinerseits die Verbindung mehrerer Klagen zu einem Verfahren

3. durch Anstellung einer Widerklage[75] herbeiführen. Unter Widerklage, reconventio, wird im weiteren Sinne jede in foro reconventionis erhobene Klage verstanden;[76] in dem hier einschlagenden engeren Sinn aber ist sie eine Klage, welche in foro reconventionis zu dem Zweck angestellt wird, um gemeinsam mit der vom Kläger bereits anhängig gemachten Klage verhandelt zu

---

74) Im vorjustinianeischen Recht war der Kläger zur gleichzeitigen Anstellung der ihm gegen den Verklagten zustehenden Klagen insoweit genöthigt, als er die hinausgeschobene Klage nicht während derselben Prätur verfolgen konnte; es trat ihm dann die dilatorische exc. rei residuae entgegen. Vgl. Gai. IV. 122. Eben so mußte er, wenn er eine Forderung nur theilweise eingeklagt hatte, die Klage auf den Rest bis zu einer folgenden Prätur versparen; in diesem Fall kam die dilatorische exc. litis dividuae zur Anwendung. Vgl. Gai. IV. 56, 122, und dazu Keller: Der römische C. Pr. §. 44 a. E., Bülow: Die Lehre von den Proceßeinreden S. 77 fg. Das justinianeische Recht aber kennt diese Einreden nicht. Und wenn das C. R. in c. 43 X. de rescriptis (1, 3) und c. 3 in VI. eod. (1, 3) dem Kläger verbietet, für mehrere gegen denselben Verklagten anzustellende Klagen verschiedene Commissare zu erbitten, so ist es doch weit entfernt, die gemeinsame Verhandlung vorzuschreiben. Vgl. Planck a. a. O. §. 45.

75) Die Literatur s. in §. 41 Note 68.

76) In diesem Sinn ist von der Widerklage in §. 41 unter V. 2 die Rede gewesen.

werden. Diese Verbindung der Klage und Widerklage hat gewissermaßen ihr Urbild in den judicia duplicia, in denen gleichfalls jeder Theil als Kläger und Verklagter erscheint, unterscheidet sich indeß von ihnen darin, daß sie nicht einen Rechtsstreit, sondern ein Verfahren für mehrere Rechtsstreite begründet. Daß aber nach R. R. die zu verbindenden Klagen als connex gedacht werden müssen, folgt nicht bloß aus der Natur des im römischen Proceß üblichen mündlichen Verfahrens und der Analogie der übrigen Klagenverbindungen, sondern wird auch durch den Umstand bestätigt, daß das forum reconventionis, von dessen Voraussetzungen allerdings nicht ohne Weiteres auf die des gemeinsamen Verfahrens geschlossen werden darf, zuerst nur für connexe Klagen und im Interesse der Vereinigung eingeführt worden ist,[77] und daß seine spätere Ausdehnung auf nicht connexe Klagen von der Einheit des Verfahrens gänzlich absieht.[78] Beispiele der Connexität bieten die aus den b. f. negotia entspringenden gegenseitigen Klagen,[79] die von Mitbesitzern gegen einander auf Herausgabe von Quoten derselben Erbschaft angestellten Erbschaftsklagen,[80] die a. confessoria gegenüber der a. negatoria (wenn dieselbe Servitut mit der einen Klage geltend gemacht, mit der anderen bestritten wird), die s. g. a. de patria potestate affirmativa gegen-

---

77) Durch die l. 14 C. de sent. et interl. (7, 45) — vgl. darüber §. 41 Note 69 —, welche so lautet: „Quum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuerit, non solum judicem de absolutione rei judicare, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, hujusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat judici vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur. —" In welchem Zusammenhang die hier referirte Ansicht des Papinian gestanden, läßt sich nicht ersehen. Jedenfalls kam eine gemeinsame Verhandlung von Klage und Widerklage schon zur Zeit der römischen Juristen und namentlich des Papinian vor, und wir müssen dabei aus dem im Text hervorgehobenen Grunde die Connexität der Forderung und Gegenforderung unterstellen, auch wenn dieselbe in den einschlagenden Stellen nicht erkennbar sein sollte. Erkennbar ist sie in l. 23 D. depos. (16, 3) [Coll. leg. Mos. et Rom. X. 2 §. 5], l. 38 pr. D. mand. (17, 1), l. 1 §. 4 D. quae sent. sine app. (49, 8), l. 6 C. de comp. (4, 31), l. 1 C. rer. amot. (5, 21), nicht erkennbar in l. 11 §. 1 D. de jurisd. (2, 1), l. 22 D. de jud. (5, 1), l. 1 §. 15 D. de extraord. cogn. (50, 13), l. 5 pr. (rest.) C. de fruct. et lit. exp. (7, 51). Vgl. auch Quinctil. I. O. III. 10 §. 4, Seneca: De benef. VI. 5, 6.

78) Nov. 96 c. 2, und dazu §. 41 Note 69.

79) L. 23 D. depos. (16, 3), l. 38 pr. D. mandati (17, 1). Vgl. noch nov. 123 c. 25.

80) Vgl. l. 1 §. 4 D. si pars hered. (5, 4), wo zunächst nur von der Compensation die Rede ist.

über der s. g. a. de patria potestate negativa,[81] und insbesondere der Fall, wenn eine nicht connexe Gegenforderung zum Theil mit der Compensationseinrede, zum Theil klagweise verfolgt wird.[82]

Indeß ist das richtige Verständniß des R. R. bei Weitem nicht zu allgemeiner Anerkennung gelangt. Es finden sich zwar abweichende Vorschriften weder im C. R.,[83] noch in den Reichsgesetzen.[84] Die Doctrin aber hat seit alter Zeit die Connexität so überwiegend für gleichgültig angesehen,[85] daß sich das Erforderniß derselben nur in engeren Kreisen, z. B. in der Praxis des R. K. Gerichts[86] und in manchen Particulargesetzgebungen[87] hat Geltung verschaffen können. Interessant ist in dieser Beziehung die Entwickelung des sächsischen Rechts, welches zur Zeit des Sachsenspiegels zwar schon den Gerichtsstand der Widerklage kannte,[88] die Verhandlung der Widerklage aber bis zur Entscheidung der Klage ausgesetzt wissen wollte,[89] und erst im 16. Jahrhundert, um dem practischen Bedürfniß zu genügen, auch den simultaneus processus eintreten ließ, jedoch nicht allgemein, sondern nur für connexe Widerklagen, auf die er noch heut zu Tage in Sachsen beschränkt ist.[90] Immerhin aber muß auch gemeinrechtlich der Connexität die Bedeutung eingeräumt werden, daß sie dem Wider-

---

81) Ueber diesen und den vorigen Fall vgl. §. 42 Note 10, 11.

82) Von diesem Falle handeln l. 1 §. 4 D. quae sent. sine app. (49, 8), l. 6 C. de comp. (4, 31), l. 1 C. rer. amot. (5, 21), l. 14 C. de sent. et interl. (7, 45). Dieser Zusammenhang ist wohl auch in den am Schluß der Note 77 citirten Stellen vorauszusetzen.

83) S. die Citate des §. 41 Note 69, und außerdem namentlich c. 2 pr. in f. X. de ord. cogn. (2, 10). So auch c. 2 Clem. de V. S. (5, 11).

84) Die Belegstellen finden sich in §. 41 Note 69.

85) Hierüber herrscht kaum ein Zweifel. Vgl. aus neuerer Zeit Seyfart: Teutscher R. Pr. II. c. 2 §. 1, Hofacker: Princip. jur. civ. III. §. 4216, Danz: Grundsätze §. 468 Note e, Claproth: Einleitung II. §. 145 unter V., Glück: Commentar III. S. 240, Heffter: System §. 144 Note 256, Planck a. a. O. (Note *) S. 357 (wo sich in Note 49 auch Nachweisungen aus der ital. Doctrin finden).

86) Vgl. Danz: Der Reichsgerichtsproceß §. 233 und die daselbst in Note c Citirten.

87) So nach dem Cod. jur. Bavar. jud. VIII. 1, außer wenn der Kläger ein Ausländer ist, nach der Schwarzburg-Rudolstädter Pr. O. II. 3, 8, nach der Hanauer Untergerichts-Ordnung tit. 32 §. 170, nach dem Kurhessischen Gesetz vom 18. Oct. 1834 §. 23, so wie auch nach der Bundes-Austrägalordnung vom 3. Aug. 1820 Art. 3.

88) S. die Citate in §. 41 Note 69.

89) Sächs. Ldr. III. 12 §. 1.

90) Die Belegstellen finden sich bei Biener: Syst. proc. jud. II. §. 311 not. 6. Nachweisungen über andere Proceßordnungen sächsischen Rechts gibt Heffter: System §. 145 Note 282. Näheres bei Heimbach: Lehrbuch des sächsischen bürg. Proc. I. §. 195.

kläger einen vom richterlichen Ermessen unabhängigen Anspruch auf das gemeinsame Verfahren gibt, während nicht connexe Widerklagen, wenn sie Verwirrung und Hemmungen zu erzeugen drohen, ad separatum verwiesen werden dürfen.

Gemeiniglich stellt man die Regel auf, die Erhebung einer Widerklage gegen eine Widerklage sei unstatthaft (Reconventio reconventionis non datur). Als Regel gedacht ist nun dieser Satz allerdings richtig, weil die reconventio reconventionis eine zweite mit der ursprünglichen Klage nicht ordnungsmäßig cumulirte Klage sein würde.[91] Jedoch wird der Fall auszunehmen sein, wo die zweite Widerklage mit der ersten connex ist.[92] Wird z. B. einer Darlehnsklage die a. pro socio entgegengesetzt, so muß der Kläger das Recht haben, auch seine Forderung aus der Societät nicht bloß einrede-, sondern selbst wieder klagweise geltend zu machen, damit dieses ganze Verhältniß mit einem Mal und in seinem naturgemäßen Zusammenhang erledigt werde.

Die Frage endlich, ob eine Widerklage auch eventuell erhoben werden könne, beantwortet sich, sofern es sich um die eventuelle Verbindung mehrerer Widerklagen handelt, nach den für die objective Klagencumulation aufgestellten Regeln. Ohne Zweifel aber ist dem Verklagten ferner gestattet, eine ihm etwa zustehende Gegenforderung zunächst einredeweise, insbesondere als Compensationseinrede, und auf den Fall, daß er der Compensation nicht bedürfen sollte, als Widerklage geltend zu machen. Denn wäre die Absicht zu compensiren auch nicht ausgedrückt, so würde der Richter dennoch, statt den Verklagten und den Widerverklagten gegenseitig zur Zahlung compensirbarer Objecte zu verurtheilen, den Betrag der Gegenforderung von der Klagsumme absetzen müssen.[93] Durch die eventuelle Verbindung der Widerklage mit der Einrede wird sonach nur dasjenige ausgedrückt, was sich ohnehin von selbst versteht. Sodann darf die Widerklage still-

---

91) Diese uralte Regel — vgl. Petr. Friderus l. c. (Note *) VI. §. 9, wo auch auf die ital. Doctrin verwiesen wird — ist in neuerer Zeit von Linde in der Zeitschr. für C. R. u. Pr. I. S. 325 fg. bestritten worden. S. aber Sartorius: Die Lehre von der Widerklage S. 206 fg.

92) Vgl. Petr. Friderus l. c. VI. §. 9, Schilter: De jure reconveniendi personam illustrem (Praxis juris rom. Anhang zu Exerc. XIII.) §. 56, Danz: Grundsätze §. 469 a. E.

93) Dies ergibt sich aus l. 1 §. 4 D. quae sent. sine app. (49, 8). Vgl. auch l. 6 C. de comp. (4, 31), l. 1 C. rer. amot. (5, 21) und dazu Planck a. a. O. (Note *) S. 92 fg.

schweigend oder ausdrücklich auch von der Nicht-Existenz eines Umstandes abhängig gemacht werden, welchen die Klage zur positiven, oder von der Existenz eines Umstandes, den die Klage zur negativen Voraussetzung hat.[94] Der Verklagte darf also z. B. der a. confessoria die a. negatoria entgegensetzen und umgekehrt; mit der a. furti belangt, durfte er aus dem Vorwurf des Diebstahls die a. injuriarum ableiten,[95] so wie der wegen der Nachrede des Diebstahls erhobenen a. injuriarum gegenüber die a. furti anstellen, ohne daß er durch den Gebrauch eines bedingenden Ausdrucks die Widerklage sachlich zu einer eventuellen machte. Dagegen kann eine Widerklage, für welche die durch die Klage geforderte Entscheidung präjudiciell ist, zwar angestellt werden, ihre Verhandlung aber wird bis zur Entscheidung der Klagsache hinausgeschoben, wie dies z. B. da vorkam, wo der assertio in servitutem eine Injurien- oder Calumnienklage entgegentrat, weil hier der Sieg des Klägers die Widerklage ausschloß.[96]

So viel von den verschiedenen Arten der Klagenverbindung. Hält man nun fest, daß die Vereinigung mehrerer Klagen niemals einen materiellen Einfluß auf die aus den einzelnen Klagen sich entwickelnden Rechtsstreite übt, so kann sich nur fragen, welche formelle Bedeutung sie habe, d. h. wie sie auf das Verfahren einwirke, und im Allgemeinen kann man dies dahin beantworten, daß sie eine Gemeinschaft des Verfahrens (simultaneus processus) herstelle. Natürlich wird dazu erfordert, daß die Klagen, deren subjective oder objective Cumulation in Frage steht, selbst schon gleichzeitig und in einem Act angestellt worden sind,[97] die

94) In l. 8 pr. §. 5 D. si serv. vind. (8, 5), wo von einer contraria actio die Rede ist, muß nicht gerade nothwendig eine Widerklage unterstellt werden. Gemein aber hat der vorliegende Fall mit dem folgenden (Note 95), daß die Widerklage durch die Klage selbst veranlaßt wird, indem in der Anstellung der a. confessoria eine zur Begründung der a. negatoria geeignete Bestreitung des freien Eigenthums, und in der Anstellung der a. negatoria eine die a. confessoria provocirende Bestreitung des verklagtischen Servitutrechts liegt.

95) Aehnliche Beispiele aus dem älteren Recht finden sich bei Gai. IV. §. 174—181. Häufig aber hat man aus dem Gesichtspunct der folgenden Note die Sache anders beurtheilt. Vgl. Planck a. a. O. S. 504 Note 4.

96) Vgl. l. 31 C. de lib. causa (7, 16), l. 10 C. de injur. (9, 35). Die allgemein gefaßte Regel des Textes wird von den Juristen ausnahmslos anerkannt. S. die Citate bei Danz: Grundsätze §. 469 Note a, so wie Planck S. 221, Bülow a. a. O. (Note 74) S. 149, 155 fg., Renaud: Lehrb. §. 61 Note 10, Erk. des R. O. H. G. in dessen Entscheidungen III. 45.

97) S. Planck a. a. O. S. 87, 112, 356, 390. Im römischen Proceß, welcher nicht so streng gegliedert war, wie der heutige, konnte eine Vereinigung auch noch später herbeigeführt werden. Vgl. l. 9 pr. D. de lib. causa (40, 12):

Widerklage aber in Verbindung mit der auf die Klage zu erstattenden Exceptionalhandlung und nicht später erhoben wird.[98] Ist dieser Voraussetzung entsprochen, so werden die vereinigten Klagen äußerlich wie mehrere Klagposten behandelt, über welche in einem einzigen Rechtsstreit gestritten wird. Sie bewegen sich demnach, so lange nicht die eine oder andere in eine abweichende Lage geräth, gleichen Schritts in denselben Terminen und Fristen vorwärts, nehmen auf den verschiedenen Stadien des Verfahrens statt der bei gesonderter Klagestellung erforderlichen mehreren Partei- und richterlichen Handlungen der Form nach immer nur eine in Anspruch,[99] und können schließlich durch eine einzige Urtheilsformel entschieden werden.[100] Eben so setzt sich die Einheit des Verfahrens in den weiteren Instanzen fort,[101] und insbesondere dürfen, wie früher gezeigt, bei Nachweisung der Appellationssumme die Beträge der einzelnen Klagen zusammengerechnet

---

„— Quodsi adhuc nondum finito judicio supervenerit, ad eundem judicem mittetur —“.

98) C. 2 Clem. de V. S. (5, 11) [„— Verum quia juxta petitionis formam pronuntiatio sequi debet: pro parte agentis et etiam rei, si quid petere voluerit, est in ipso litis exordio petitio facienda —“], K. G. O. von 1508 tit. 1 §. 18, von 1555 III. 30, Conc. von 1613 III. 33, J. R. A. §. 46. Das forum reconventionis ist jedoch von der Verbindung der Widerklage mit der Exceptionalhandlung nicht abhängig. S. §. 41 Note 70, 71.

99) C. 2 X. de ord. cogn. (2, 10): „— Cum, ea (sc. quaestione spoliationis) in modum actionis proposita, intelligantur mutuae petitiones sese tanquam diversae minime contingentes: ac per hoc juxta regulam juris, qua dicitur, qui prior appellat, prior agat, quae prius esset proposita, prius foret tractanda: quanquam in idem judicium ambae deductae vicissimque tractatae simul essent eadem sententia terminandae.“ Vgl. auch c. 2 X. de causa poss. et propr. (2, 12). Ausgeschlossen ist dadurch übrigens nicht, daß auch gesonderte Handlungen vorgenommen werden können, wie z. B. von mehreren Verklagten, welche sich nicht gemeinsam vertheidigen wollen. Auch muß sich die Zahl der Citationen und der daneben mitzutheilenden Copien im Falle des passiven Litis Consortium nach der Zahl der Consorten richten. Vgl. J. R. A. §. 34 verb. „Und nach erhaltener Citation so wohl dieselbige, als auch besagten Libellum in so vielen — vidimirten Copien, so viel der Citirten sein werden, — insinuiren lassen solle —“.

100) Beispiele finden sich in l. 59 §. 3 D. mand. (17, 1), l. 43 D. de re jud. (42, 1), l. 3 §. 1, 2, l. 10 §. 2, 3 D. de app. (49, 1), l. 1, 2 C. si plures (7, 55), nov. 99 c. 1 §. 1. In l. 1 §. 1 D. quae sent. sine app. (49, 8) ist wohl von mehreren Posten einer und derselben Klage die Rede, dagegen gehört hierher l. 1 §. 4 D. eod. (s. Note 93, 104). Verschiedene Urtheile werden erwähnt in l. 10 pr., l. 17 pr. D. de appell. (49, 1). Vgl. übrigens Note 104.

101) Damit die Rechtskraft suspendirt werde, ist gegen mehrere in demselben Verfahren ergangene, gesonderte Urtheile eine mehrmalige Interposition der Appellation erforderlich — l. 10 pr., l. 17 pr. D. de app. (49, 1) —, wogegen gegen ein einfaches Urtheil, auch wenn es mehrere Entscheidungen in sich enthält, eine einzige Interposition ausreicht. Von mehreren Litis Consorten wird unten besonders die Rede sein.

werden.[102] Deshalb aber wird doch an der juristischen Behandlung der vereinigten Rechtsstreite auch processualisch Nichts geändert.[103] Eine jede Klage ist eigens nach ihrer rechtlichen und factischen Begründung zu befragen, und in Betreff einer jeden der Einfluß der Einreden, die Nothwendigkeit und die Erbringung des Beweises, so wie die etwaige Contumacia zu berücksichtigen, so daß Klagen, welche ursprünglich vollkommen gleichartig zu sein schienen, wenn auch nicht leicht zu verschiedener Zeit,[104] so doch möglicher Weise in der Hauptsache und wegen der Kosten[104a] auf die verschiedenste Art entschieden werden. Die Klagenverbindung hat daher abgesehen von den rein äußerlichen Vortheilen der Zeit- und Kostenersparniß wesentlich nur den Vortheil, daß sie eine übereinstimmende richterliche Beurtheilung der den verbundenen Klagen gemeinschaftlichen Streitpuncte garantirt.[105]

Dies gilt insbesondere auch vom Litis Consortium. Man

---

102) S. §. 54 Note 61—63.

103) Vgl. Planck a. a. O. S. 370 fg., S. 410 fg.

104) Die gleichzeitige Entscheidung ist im R. R. nur für Klage und Widerklage und zwar mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Compensation vorgeschrieben. Vgl. l. 1 §. 4 D. quae sent. sine app. (49, 8), und dazu Note 93. Wo die Compensation nicht möglich ist, steht in der That der successiven Entscheidung Nichts entgegen. Dies ist auch die Ansicht der Praxis, wie Planck a. a. O. S. 369 Note 21 zeigt, obschon das c. 2 X. de ord. cogn. (2, 10) verb. „— in idem judicium ambae deductae, vicissimque tractatae, simul essent eadem sententia terminandae —" die Vorschrift des R. R. verallgemeinert. Eben so soll zwar nach c. 6 X. de causa poss. et propr. (2, 12) über das possessorium und petitorium, wenn beide zugleich verhandelt worden sind, durch ein Urtheil erkannt werden („— quum super possessorio et petitorio simul est actum, utrumque una sententia debet terminari —"). Insofern aber darin eine auf die objective Klagencumulation bezügliche Vorschrift liegen sollte [welche in directem Gegensatz gegen l. 15 (rest.) C. de sent. et interl. (7, 45) stände], wird dieselbe von der Praxis gleichfalls nicht strenge befolgt. Vgl. Planck S. 369 Note 20, und über das richtige Verständniß des c. 6 X. cit. den folgenden §. 64 Note 35.

104a) Ueber den Kostenersatz im Allgemeinen vgl. §. 46 zu Note 69b, in welcher speciell auch die Frage beantwortet wird, ob mehrere Streitgenossen in solidum zum Kostenersatz zu verurtheilen seien.

105) Daß davon namentlich das R. R. ausgeht, beweisen zunächst zwei allgemeinere Aussprüche, der Ausspruch des Cicero pro Cluentio c. 22, welcher von der Auctorität der Präjudicien handelt: „quum soleant ceteri (judices) in judicando, ne ab aliorum judiciis discrepent, providere," und die sich auf das Litis Consortium beziehenden Worte Ulpian's in l. 8 §. 1 D. de lib. causa (40, 12): „— timor est, ne varie judicetur." Sodann aber die vielfach bezeugte Thatsache, daß die Magistrate auch für solche Processe, die mit älteren, bereits entschiedenen verwandt waren, gern den früheren judex bestellten. Vgl. Cic. pro Roscio Com. arg., pro Flacco c. 21, pro Cluentio c. 22, ep. ad div. VIII. 8, l. 2 C. de jud. (3, 1), l. 13 C. de R. V. (3, 32), und dazu Planck S. 80, 81.

hat die Litis Consorten früherhin bald als juristische Person,[106] bald als socii, bald als Communionsinteressenten[107] auffassen wollen. Keine dieser Auffassungen ist richtig; die Litis Consorten treten in Folge des Processes überhaupt in kein besonderes Verhältniß zu einander; daß sie gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, ist ein Factum, welches rechtliche Wirkungen unter ihnen nicht begründet.[108] Allerdings müssen die activen Litis Consorten nicht bloß gleichzeitig, sondern auch gemeinschaftlich, d. i. durch einen formell einheitlichen Act handeln, von den passiven aber kann wenigstens kein gemeinschaftliches, sondern nur ein gleichzeitiges Handeln erwartet werden,[109] und weder die einen noch die anderen sind, von wenigen früher erwähnten Ausnahmen[110] abgesehen, verpflichtet, sich durch einen gemeinsamen Procurator vertreten zu lassen,[111] wennschon ihnen der Richter die Bestellung eines einzigen Insinuationsmandatars aufgeben kann, um die Weitläufigkeiten einer abgesonderten Insinuation abzuschneiden.[112] Auch wird in der That das Verhältniß der Einzelnen

106) Dies ist die Meinung von Schmidt: Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 105 Note m, Danz: Grundsätze §. 40, 81 Note m.

107) So Leyser: Medit. sp. 118 m. 1, Schmid: Handbuch I. §. 60.

108) Wie Martin a. a. O. (Note 11) I. S. 29, 30 und S. 172 fg., Gesterding: Ausbeute II. S. 374 fg., Heffter: System §. 112 Note 74 („keine eigentliche societas causae, sondern nur eine societas litis“) annehmen.

109) Vgl. Planck a. a. O. (Note *) S. 428 fg.

110) S. §. 10 Note 2 und diesen §. Note 31.

111) L. 31 §. 1 D. de procur. (3, 3): „Unius litis plurium personarum plures dari procuratores, non est prohibitum. Vgl. auch l. 2 in C. si plures (7, 55). Daß in den judicia divisoria mehrere Communionsinteressenten nicht denselben procurator bestellen können — l. 42 §. 6 D. eod. —, erklärt sich daraus, daß jeder von ihnen jedem anderen als Kläger und Verklagter gegenübersteht, daß also ein Litis Consortium gar nicht vorliegt.

112) Die weiter gehende Behauptung Planck's, daß nach deutschem Gerichtsgebrauch die Litis Consorten zur Bestellung eines gemeinsamen Proceß-procurator, und zwar nicht bloß in den oben erwähnten Ausnahmsfällen (Note 110) genöthigt werden könnten, wird zwar durch Mevius: Decis. II. 342, IV. 63, Nettelbladt: Anleitung §. 266, Hofacker: Prin. jur. civ. III. §. 4262 und Claproth: Einleitung I. §. 66 f., II. §. 116 b. unterstützt; dagegen beschränken sich Danz: Grundsätze §. 108 und Glück Commentar V. S. 275 auf den im Text aufgestellten Satz, und Martin a. a. O. (Note 11) S. 206 fg., Grolman: Theorie §. 61 Note 4, Heffter: System §. 112 Note 75, Linde in der Zeitschr. für C. R. u. Pr. XVI. S. 115 und Lehrbuch §. 132 Note 12 bleiben einfach beim R. R. stehen. Allerdings aber nehmen viele Particularrechte die Pflicht zur Bestellung eines gemeinsamen Proceß-Procurator an. Vgl. außer den für Sachsen, Baiern, Baden und Oesterreich von Planck S. 407 Note 11 gegebenen Nachweisungen über Hessen Wagner: Grundzüge der Gerichts-Verfassung in Kurhessen §. 93, über Mecklenburg Trotsche: Der mecklenburgische C. P. I. S. 307. Die K. G. O. von 1495 tit. 5 §. 4, von 1555 I. 19 §. 1 gehören gar nicht hierher; sie handeln von Advocaten, nicht von Pro-

dadurch kein anderes, daß sie einen Dritten oder Einen aus ihrer Mitte mit der gemeinsamen Führung der Sache beauftragen, oder daß die Anwesenden, was nach der Litis Contestation gestattet ist, für die Abwesenden unter Leistung der gesetzlichen Cautionen als procuratores praesumti oder defensores Negotia geriren.[113] Jedenfalls sind materiell die Interessen der Consorten vollkommen unabhängig von einander, was der eine thut und unterläßt, nützt und schadet dem anderen nicht, und sollte es zur Delation oder Auferlegung eines Eides kommen, so muß jeder Einzelne sich über die Annahme des Eides erklären und den angenommenen Eid selbst ausschwören.[114] So hat es denn auch die Verurtheilung mit Leistungen der Einzelnen und an die Einzelnen zu thun, und sollte sie daher ohne Bezeichnung von Quoten auf eine Gesammtsumme gestellt sein, so wird sie so interpretirt, als habe sie für alle Litis Consorten gleiche Quoten angeordnet.[115] Daß wenn einer von ihnen appellirt, der günstige Erfolg des Rechtsmittels den übrigen zu Gute kommt, wurde bereits in der Lehre von der Appellation hervorgehoben, dabei aber auch bemerkt, daß diese Vorschrift ein

---

curatoren. S. dagegen G. B. von 1539 §. 7, 8, K. G. O. von 1555 III. 12 §. 6, Conc. von 1613 III. 12 §. 11.

113) L. 2 C. de cons. ejusd. lit. (3, 40), c. 3 Clem. de proc. (1, 10).

114) Nach einer früher verbreiteten Ansicht soll zwar die Erklärung über die Annahme des Eides allen Streitgenossen obliegen, der angenommene Eid aber nur von einem derselben nach der Wahl des Gegners abgeleistet werden. Vgl. Danz: Grundsätze §. 369 Note d und die daselbst Citirten, so wie die Entsch. des O. A. G. zu Rostock bei Seuffert: Archiv IX. 107, welche annimmt, daß der Gewählte für sich und auf Grund einer ihm zu ertheilenden Specialvollmacht in die Seele der Uebrigen zu schwören habe. Da indeß der Gewählte, statt zu schwören, den angenommenen Eid schließlich auch müßte verweigern können, und dann alle Streitgenossen unterliegen würden, so widerstreitet jene Ansicht der Gerechtigkeit, und ist deshalb heut zu Tage beinah allgemein verlassen worden. Auch hat Planck a. a. O. S. 416 fg. die von Manchen — vgl. Martin a. a. O. (Note 11) I. S. 233 fg., Glück: Commentar XII. S. 277, Arnold: Ueber Eidesleistung durch Stellvertreter, Erlangen 1843, §. 76, Heffter: System §. 112 Note 76 — länger festgehaltene Meinung widerlegt, daß wenigstens in Processen über untheilbare Rechtsverhältnisse von den Streitgenossen eine übereinstimmende Erklärung abzugeben sei, und es dann von der Wahl des Deferenten abhänge, ob er den Eid nur von einem oder etlichen der Streitgenossen im Namen der übrigen, oder ob er ihn von allen verlangen wolle. Nur da, wo die Consorten zur Bestellung eines gemeinsamen Procurator verpflichtet sind (Note 110), wird anzunehmen sein, daß sie speciell für die Ausschwörung des angenommenen Eides einen aus ihrer Mitte gleichsam zum procurator in rem suam bestellen müssen, welcher statt ihrer, aber nicht in ihre Seele schwört, und statt ihrer den Eid auch verweigern kann.

115) L. 59 §. 3 D. mand. (17, 1), l. 43 D. de re jud. (42, 1), l. 10 §. 3 D. de app. (49, 1), l. 1, 2 C. si plures (7, 55).

Interesse des Appellanten am Siege der übrigen und eine ganz gleiche Lage der Litis Consorten voraussetze.[116]

Schließlich ist daran zu erinnern, daß der Anspruch des Advocaten auf das ihm gebührende Honorar und der Anspruch des Clienten auf Herausgabe der Manualacten nicht bloß am Gerichte,[117] sondern auch zu den Acten der Hauptsache[118] geltend gemacht werden können. Diese Ansprüche sind von dem Ausgang der Hauptsache zwar nicht abhängig, die Hauptsache gibt aber das Material zu ihrer Begründung, und zieht sie deshalb naturgemäß, obschon nicht mit rechtlicher Nothwendigkeit an sich. Nur die Bestimmung der Deserviten kann von keinem andern Gericht, als von dem der Hauptsache ausgehen, die bestimmten Deserviten dagegen lassen sich eben so wie die Manualacten auch bei dem sonst competenten Gericht einklagen.[119] Eingefügt in das Hauptverfahren jedoch haben die wegen jener Ansprüche gestellten Gesuche, abgesehen davon, daß sie die jenseitige Hauptpartei unberührt lassen, insofern etwas Besonderes, daß sie nicht aus dem judiciellen, sondern aus dem disciplinarischen Gesichtspunct beurtheilt werden. Weshalb die durch sie hervorgerufenen Verfügungen, außer wenn sie sonstige Streitpuncte, z. B. Einreden oder die Haftungsweise mehrerer im Litis Consortium stehenden Clienten betreffen, der querela simplex, nicht der Appellation oder anderen eigentlichen Rechtsmitteln unterworfen sind.[120]

---

116) S. §. 54 Note 10. Dagegen kommt die Wohlthat der Restitution nach l. 2 C. si unus ex pluribus (7, 68) und l. 1 C. si in communi eademque causa in int. rest. postuletur (2, 26) nur dem Imploranten, nicht auch den mit ihm in einem gemeinsamen Rechtsverhältniß Stehenden zu Gute. Der Grund dieses Unterschiedes wird sehr gut von Planck S. 423 erörtert.

117) Vgl. §. 41 Note 67.

118) S. §. 8 Note 58. Der Zusammenhang des auf Beitreibung der Deserviten gerichteten Verfahrens mit der Hauptsache ist für einen Fall schon vom R. R. — vgl. l. 13 §. 9 C. de jud. (3, 1) —, dann aber allgemein von der Praxis — vgl. die Nachweisungen bei Planck a. a. O. S. 317 Note 20 — und von den Reichsgesetzen — s. die Citate des §. 8 Note 59 — anerkannt worden. Ueber die Manualacten vgl. Planck S. 317 Note 21.

119) Dies wird besonders dann von Wichtigkeit, wenn der Client vor Beitreibung der Deserviten in Concurs geräth, und findet eine Bestätigung darin, daß nach c. 1 §. 2 in VI. de foro comp. (2, 2) gewisse Richter zur Beitreibung der Advocaten-Gebühren nicht befugt sein sollen, was voraussetzt, daß das ordentliche Verfahren zulässig ist.

120) S. §. 61 unter 2.

2. Die durch die Abhängigkeit einer Klage von einer anderen begründete Ordnung der Cognition.*

§. 64.

Klagen, zwischen denen ein Verhältniß der Abhängigkeit besteht, sollen in der diesem Verhältniß entsprechenden Ordnung zur Geltung gebracht werden. Die Abhängigkeit zweier Klagen von einander aber ist anzunehmen erstens, wenn das mit der einen und das mit der anderen verfolgte Recht nicht gleichzeitig bestehen können, das eine Klagrecht also das andere ausschließt, und zweitens, wenn der Erfolg der einen Klage bestimmend (präparatorisch oder präjudiciell) für den Erfolg der anderen ist.

1. Der erste Fall liegt vor,[1] so oft mehrere Kläger gegen denselben Verklagten den gleichen Anspruch auf dasselbe Rechtsobject erheben, z. B. eine Sache mit der Eigenthums- oder Erbschaftsklage in solidum vindiciren, oder unter dem Vorgeben des ausschließlichen Erbrechts eine vom Erblasser deponirte Sache zurückfordern. In diesen und ähnlichen Fällen steht nicht bloß der gleichzeitigen Anstellung und Durchführung der Klage in gesondertem Verfahren kein Hinderniß entgegen, sondern es würde an sich auch der Verlauf des einen Verfahrens ohne allen Einfluß auf den des anderen bleiben können, wenn nicht die Unzulänglichkeit der Vertheidigung und die Verschiedenheit der richterlichen Beurtheilung es möglich erscheinen ließen, daß jeder Kläger das von ihm behauptete Recht zur Anerkennung brächte. Diesen in sich widersprechenden Ausgang abzuwenden, hat schon das R. R. eine Abhülfe für nothwendig erachtet.

a. Das R. R. nimmt zwar nicht an, daß wenn in dem einen Proceß das Streitobject auf Grund der erfolgten Verurtheilung restituirt werde, in dem anderen gleichzeitig anhängigen Proceß die Absolution eintreten müsse.[2] Wohl aber soll der zuerst obsiegende Kläger unter Bürgenstellung versprechen, daß er für das

---

*) Tit. Cod. 3, 8 de ordine judiciorum. C. 7, 19. X. 2, 10 de ordine cognitionum. Im Allgemeinen vgl. über den Inhalt dieses §. Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht, Gött. 1844.

1) Ueber die Principal-Intervention, von der hier die Rede sein wird, vgl. außer den zu §. 7 Note * citirten Schriften Linde: Abhandl. II. 10, Cropp in Heise und Cropp: Jurist. Abhandl. I. 14. Olshausen: Die Einsprüche dritter Personen in der Executionsinstanz nach gem. und preuß. R., Berlin 1874.

2) So ist es in der That, wenn der Verklagte von Mehreren mit einer Noxalklage oder der a. de peculio belangt worden ist, nach der Regel „Occupantis meliorem esse conditionem.“ Vgl. l. 14 pr. D. de noxal. act. (9, 4), l. 10 D. de peculio (15, 1). Anders bei der a. tributoria nach l. 5 §. 19, l. 6, l. 7 pr. D. de trib. act. (14, 4).

Streitobject einstehen werde, falls dem anderen Kläger der Beweis seines Rechtes gleichfalls gelingen sollte.[3] Dabei ist offenbar vorausgesetzt, daß er von nun an als (accessorischer) Intervenient den Verklagten berathen und unterstützen könne, oder von demselben geradezu zum Procurator bestellt werde, damit das noch schwebende Verfahren unter denjenigen Personen fortgehe, welche an dessen Ausgang allein noch interessirt sind, und wohl mit Rücksicht hierauf wird statt jener auf Gewährung des Streitobjects gerichteten Caution auch eine cautio de re defendenda erwähnt.[4]

b. Anders gestaltet sich die Sache, wenn Jemand Klage erhebt, welcher das eingeklagte Recht bereits einem Anderen übertragen hat, zur Zeit also nicht mehr zur Klage legitimirt, wenn vielleicht auch mittelbar an der Verurtheilung des Verklagten interessirt ist, z. B. der Verkäufer, der Besteller einer dos, denen im Wesentlichen auch der Verpfänder gleichsteht. Erhält in einem solchen Falle der gegenwärtig Berechtigte von der Anstellung der

---

3) L. 57 D. de R. V. (6, 1): „Is, a quo fundus petitus erat, ab alio ejusdem fundi nomine conventus est. Quaerebatur: si alterutri eorum jussu judicis fundum restituisset, et postea secundum alterum petitorem res judicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret? Respondi: uter prior judex judicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui jubere, ut possessori caveret vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum praestare.“ Hier wird ganz bestimmt anerkannt, daß die auf Grund des jussus de restituendo erfolgte Herausgabe des Streitobjects den Verklagten nicht befreie, wie im Resultat auch die in der folgenden Note citirte l. 57 D. de H. P. (5, 3) annimmt. Im Falle der gleichzeitigen Verhandlung der R. V. und einer Noxalklage dagegen ist nach l. 58 D. de R. V. (6, 1) zu unterscheiden, ob zuerst über die R. V. oder über die Noxalklage erkannt wird. Dort wird in Folge der Restitution des Streitobjects der Verklagte von der Noxalklage nicht absolvirt und darum zur Restitution nur gegen Caution angehalten; hier wird er in Folge der noxae deditio einfach von der R. V. absolvirt. Der Grund dieser Unterscheidung liegt wohl darin, daß der Noxalkläger durch die Abweisung seiner Klage zum erneuerten Beweise seines Rechts genöthigt werden würde, während der abgewiesene Vindicant, wenn er demnächst von Neuem gegen den Noxalkläger auftritt, der Berufung auf die noxa, also einem ganz neuen Streitpunct begegnet, vor welchem die Eigenthumsfrage ihre Bedeutung verliert.

4) L. 57 D. de H. P. (5, 3): „Quum idem eandem hereditatem adversus duos defendit, et secundum alterum ex his judicatum est, quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat, atque oporteret, si adversus alium defensa non esset; ut scilicet, si mox et secundum alium fuerit judicatum, absolvatur is, cum quo actum est, quia neque possideat, neque dolo malo fecerit, quo minus possideret, quod judicio devictus restituerit; an quia possit et secundum alium judicari, non aliter restituere debeat, quam si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem hereditatem defendet? Sed melius est, officio judicis cautione vel satisdatione victo mederi, quum et res salva sit ei, qui in executione tardior venit, adversus priorem victorem.“ Vgl. auch l. 1 §. 37 D. depos. (16,3), l. 8 §. 3 de leg. II. (31,1) und über die cautio defensum iri im Allgemeinen Cropp a. a. O. (Note 1).

Klage Kenntniß, so darf er nicht etwa schweigen, um später seinerseits selbst zu klagen, sondern er muß intercediren und dem aufgetretenen Kläger sein Klagrecht bestreiten,[5] widrigenfalls ein stillschweigender Auftrag angenommen und gegen seine eigene Klage die exc. rei judicatae gegeben wird.[6]

c. Noch kommt im R. R. ein verwandter Fall vor. Ist dem verurtheilten Schuldner in der Executionsinstanz eine Sache abgepfändet worden, so kann der, welcher ein näheres Recht auf dieselbe zu haben glaubt, sei es als Eigenthümer oder als Pfandgläubiger, den Verkauf dadurch verhindern, daß er dieses Recht in dem Executionsverfahren anmeldet und bescheinigt. Auf Grund der erbrachten Bescheinigung wird jedoch nur die Pfändung aufgehoben, nicht aber die gepfändete Sache dem Intercedenten ausgeantwortet, dem vielmehr überlassen bleibt, dieselbe jure ordinario wieder an sich zu bringen.[7]

Welche Umwandlungen nun im Laufe der Zeit diese letzte Bestimmung erfahren, wie sie in Anwendung auf Grundstücke unter dem Einfluß germanischer Rechtsideen die öffentliche Ladung der besser berechtigten Pfandgläubiger zum Zweck der definitiven Geltendmachung ihrer Rechte in sich aufgenommen,[8] und sich in dieser Gestalt auf den gerichtlichen Verkauf hypothecarisch verpfändeter Grundstücke ausgedehnt habe,[9] ist schon bei früherer Gelegenheit bemerkt worden. Nicht minder aber sind in der Behandlung der beiden anderen Fälle Modificationen eingetreten.

---

5) Die Hauptstelle ist l. 63 D. de re jud. (42, 1) [hinsichtlich der Lesart vgl. den §. 47 Note 31]. Hier wird die Einsprache des gegenwärtig Berechtigten indirect dadurch characterisirt, daß von Demjenigen, welchem die sententia inter alios judicata nicht schadet, gesagt wird, er könne die Hauptpartei nicht hindern („prohibere"), von ihrem Recht Gebrauch zu machen, oder specieller, „neque potui Titio intercedere (Vulg. interdicere), quo minus jure suo uteretur." Ein Beispiel dieser Intercession findet sich in l. 35 D. sol. matr. (24, 3): „Titia divortium a Sejo fecit; hanc Titius in sua potestate esse dicit, et dotem sibi reddi postulat; ipsa se matremfamilias dicit, et de dote agere vult. Quaesitum est, quae partes judicis sint? Respondi, patri, nisi probet, filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegandam actionem, sicuti denegaretur, etiam si constaret, eam in potestate esse." Dabei erinnere man sich, daß der Ehefrau die Dotalklage auch dann noch zusteht, wenn sie sich noch in väterlicher Gewalt befindet, daß sie aber dem Vater gegenüber, welcher sie bei Anstellung der Klage zu vertreten befugt ist, nur ein Widerspruchsrecht hat. Vgl. Savigny: System II. S. 116, 117.

6) Vgl. §. 47 Note 31.

7) L. 15 §. 4 D. de re jud. (42,1) und dazu §. 50 Note 23, so wie Briegleb: Einleit. §. 57.

8) S. §. 13 Note 17, 20, §. 50 Note 26.

9) S. §. 50 Note 85, 86.

Während der neue Kläger nach R. R. sein besseres Recht in dem bereits eingeleiteten Verfahren nur in dem Fall unter b., also da zur Geltung bringen darf, wo aus seinem Schweigen ein Auftrag gefolgert werden würde, wird ihm vom C. R. ein Gleiches auch in dem anderen, unter a. erwähnten Falle gestattet.[10] Seine Stellung ist demnach processualisch in beiden Fällen dieselbe, obschon ihm sein Schweigen noch immer nur in jenem ersten präjudicirlich ist.[11] Als Zweck seiner Intercession aber wird die Ausschließung des ersten Klägers gedacht,[12] und da in dessen Person die Voraussetzungen der Verklagtenqualität jedenfalls zur Zeit, d. h. vor dem durch die Restitution des Streitobjects bewirkten vollständigen Schlusse des anhängigen Verfahrens nicht vorhanden sind, so ist der neue Antrag nicht als eine einfache, sondern als eine qualificirte Klage zu betrachten, qualificirt durch die Richtung gegen beide bisher streitenden Theile. Zunächst wird allerdings gegen den früheren Verklagten geklagt; aber mittelbar ist doch zugleich die Ausschließung des ersten Klägers intendirt. Um sich dies klar zu machen, muß man zwei Möglichkeiten unterscheiden.

Ist es in dem anhängigeu Verfahren, dem Hauptverfahren, bereits zum Urtheil gekommen, so tritt der mittelbare Zweck in den Vordergrund. Es handelt sich dann bei der Dazwischenkunft des neuen Klägers vorzugsweise um die Hemmung der Execution, und da der verurtheilte Verklagte keinen Anlaß hat, hiergegen zu opponiren, so muß der erste Kläger, gleich als sei er zum procurator in rem suam bestellt worden, die Vertheidigung gegen die neue Klage übernehmen,[13] und bis über diese erkannt ist, mit der Execution einhalten.[14] Jedoch kann er den zweiten Kläger von vorn

10) Dies ergibt sich am bestimmtesten aus dem c. 17 X. de sent. et re jud. (2, 27), dessen Schlußworte „cum res inter alios acta non noceat regulariter aliis, juxta constitutiones canonicas et civiles" beweisen, daß es weder von dem oben unter b. besprochenen Falle, noch auch — wie Planck a. a. O. S. 440 in der Note und gestützt auf Innoc. ad h. c. Wach: Der Arrestpr. I. S. 212 fg. annehmen — von der späterhin s. g. accessorischen Intervention handelt. Ferner gehört hierher — was Wach a. a. O. gleichfalls bestreitet — das in Note 18 auszugsweise abgedruckte c. 38 X. de test. et attest. (2, 20).

11) C. 17 in f. X. de sent. et re jud. (2, 27).

12) Dieser Zweck tritt in den Stellen der Note 10 klar hervor; durch die Intercession des neuen Klägers soll die von dem bisherigen Kläger betriebene Execution verhindert werden.

13) So erklärt sich, daß in den Stellen der Note 10 der ursprüngliche Verklagte ganz zurücktritt.

14) C. 17 X. de sent. et re jud. (2, 27): „—exequutio sententiae differatur, ne circa possessionem Oveten. ecclesia detrimentum incurrat."

herein aus dem anhängigen Verfahren verdrängen; leistet er demselben Caution wegen Schadloshaltung, so nöthigt er ihn, seinen Anspruch auf Grund der Caution in einem selbständigen Verfahren gegen ihn allein zu verfolgen.[15]

Wenn dagegen das Hauptverfahren noch nicht entschieden ist, so hat es die neue Klage mit dem Verklagten selbst zu thun, sie fordert aber, indem sie ein besseres Recht behauptet, den ersten Kläger zur Unterstützung des Verklagten (zur s. g. accessorischen Intervention) heraus, und bereitet vermittelst dieses einfachen Angriffs ein Urtheil vor, welches nach beiden Seiten hin Rechtskraft macht.[16] Inzwischen kann das Hauptverfahren von den alten Parteien fortgesetzt oder sistirt werden, wie es ihnen beliebt.[17] Wenn sie es aber fortsetzen, und nach erkannter Verurtheilung der alte Kläger den neuen nicht durch Cautionsleistung sicherstellt, so wird wieder die Execution bis zur Entscheidung des eingeschobenen Verfahrens suspendirt, während, wenn das Recht des neuen Klägers zuerst zur Anerkennung gelangt, das Hauptverfahren seinen Zweck verliert.

Man kann daher die allgemeine Regel aufstellen, daß da, wo ein Dritter in einen anhängigen Proceß eintritt, um durch die Geltendmachung eines besseren Rechts den Kläger auszuschließen, lediglich die Suspension der Execution in Frage komme.[17a] Wegen dieser Einwirkung auf das Hauptverfahren aber ist die Intervention des Dritten durch die Wahrscheinlichkeit des geltend zu machen-

---

15) Diese Caution, welche dem zweiten Kläger, nicht wie nach R. R. dem Verklagten bestellt wird, hat ihren Ursprung in dem deutschen Gerichtsgebrauch. Nachweisungen über dieselbe gibt Planck a. a. O. S. 449 Note 22. Sie bewirkt, daß die Kläger unter einander die Sache ausmachen müssen, und erinnert insofern an die Auffassung des älteren deutschen Rechts, wie solche im sächs. Ldr. III. 15 §. 1, 3 und im verm. Sachsenspiegel I. 20 d. 1, 33 d. 4 hervortritt. Vgl. Cropp a. a. O. I. 14 §. 9 Note 49.

16) Auf diese Gestaltung des processualischen Verhältnisses weist Planck a. a. O. S. 456 fg. hin, wogegen Renaud: Lehrbuch S. 445 die Principalintervention gemeinrechtlich überhaupt für unstatthaft hält.

17) Die gewöhnliche Meinung ist dies jedoch nicht; vielmehr soll die Suspension des anhängigen Verfahrens nach der Behauptung früherer Juristen mit der Zulassung der neuen Klage von selbst eintreten, nach einer neueren Ansicht aber wenigstens ausnahmsweise und zwar dann vom Richter verfügt werden können, wenn zu erwarten ist, daß die Instruction und Entscheidung des zweiten, später begonnenen Processes den ersten überflüssig machen werde. So namentlich Planck a. a. O. S. 456 fg., bei welchem sich weitere Nachweisungen über diesen Punct finden. Allein weder auf gesetzliche Vorschrift, noch auf die Natur des richterlichen officium läßt sich diese Ausnahme zurückführen, und es ist daher richtiger, sie ganz aufzugeben. Nur mit der Suspension der Execution verhält es sich gesetzlich (Note 14) anders.

17a) Ueber die Aufhebung des Arrestes im Arrestproceß auf Grund der Intervention vgl. die historischen Nachweisungen bei Wach a. a. O. I. S. 214.

den Rechts bedingt; sie setzt gleich der s. g. accessorischen Intervention, welcher sie unter dem Namen Principal-Intervention coordinirt zu werden pflegt, ein bescheinigtes Interesse voraus,[18] durch dessen Darlegung sich der Dritte vom Richter erst die Erlaubniß zur Anstellung einer förmlichen Klage verschafft.[19] Diese Klage selbst wird im Ganzen wie irgend eine andere Klage beurtheilt, sie begründet einen selbständigen, mit dem Hauptverfahren nur äußerlich verbundenen und in einem abgesonderten (Special-) Protocoll zu verhandelnden Rechtsstreit, und ist bloß insofern processualisch ausgezeichnet, als sie nach der Praxis wegen ihres Zusammenhangs mit der Hauptsache bei dem für diese competenten Gericht erhoben werden kann.[20] Ausschließlich ist jedoch dieser Gerichtsstand nicht; der Dritte darf, da er überhaupt nicht zu interveniren braucht, auch bei dem sonst competenten Gericht klagen. Wenn er aber, statt zu interveniren, ein gesondertes Verfahren einleitet, obschon er von dem anhängigen Proceß Kenntniß hat, so steht ihm im Falle des Obsiegs des ersten Klägers und zufolge der Restitution des Streitobjects die einfache Absolution des Verklagten bevor,[21] während er umgekehrt als Sieger zu der im R. R. vorgeschriebenen Cautionsleistung angehalten wird.

Häufig ist auch von einer s. g. gemischten Intervention

18) C. 38 X. de test. et attest. (2, 20): „— Parentius subdiaconus noster se ipsi (actori) opposuit ex adverso, asserens, se canonice in decanum Claremont. electum: propter quod dictus archidiaconus in sua petitione non erat aliquatenus audiendus, quia decanatus ipse non ad illum, sed ad se potius pertinebat. Cum igitur super his aliquamdiu disceptassent: interloquuti fuimus, ut dictus P., si posset, in continenti suam intentionem fundaret. Qui cum testes et instrumenta produxerit, interloquendo pronunciavimus, quod sua intererat, ut se posset opponere archid. memorato." Vgl. dazu Planck a. a. O. S. 450 Note 23.

19) Diese vorläufige Anzeige wird in c. 38 X. cit. ganz bestimmt von der Klage selbst unterschieden; sie geschieht in derjenigen Instanz, in welcher die Hauptsache gerade anhängig ist, also auch in der Appellationsinstanz, während die Klage des Intervenienten in der ersten Instanz anzubringen ist. Vgl. Planck S. 452.

20) S. §. 41 Note 66 und Planck S. 460 Note 43.

21) Diese ungünstigere Behandlung des zweiten Klägers ist zwar gesetzlich nirgends vorgeschrieben, sie findet aber ihre Rechtfertigung in der Versäumung des ihm angebotenen vortheilhafteren Verfahrens, so wie in dem Umstand, daß die Anwendung der römischen Grundsätze für den ersten Kläger geradezu beschwerend sein würde. Denn die Theilnahme an dem fortgehenden zweiten Processe, zu welcher das R. R. den siegreichen ersten Kläger durch die Cautionsleistung veranlaßt, würde ihm in dem heutigen strenger gegliederten Verfahren die Möglichkeit einer vollständigen Vertheidigung gegen den zweiten Kläger nicht gewähren, da er die Sache in der Lage aufnehmen müßte, in welcher sie sich zur Zeit befände. Anders beurtheilt diesen Fall Planck S. 466, 467.

die Rede gewesen. Da diese theils Principal-, theils accessorische Intervention sein soll,[22] so würde sie unterstellen, daß der Intervenient sein eigenes besseres Recht den bisherigen Parteien gegenüber geltend machen, und zugleich die eine Partei gegen die andere unterstützen wolle, was ein Widerspruch in sich selber ist. Dagegen ist auf Seiten des Intervenienten recht wohl eine Wahl zwischen der Principal- und der accessorischen Intervention gedenkbar.[23] Wenn z. B. der Lehnsherr das Lehngrundstück von einem dritten Besitzer vindicirt, so darf der Vasall ohne Zweifel accessorisch interveniren, um dem Lehnsherrn zum Siege zu verhelfen; eben so wohl aber kann er mit der utilis in rem actio seinen besseren Anspruch auf den ihm gebührenden Besitz des Lehnobjects zur Geltung bringen, also principaliter interveniren. Nur muß er sich immer für das Eine oder Andere entscheiden; eine dritte Art der Intervention ist hier nicht anzunehmen.[24]

2. Eine Klage wirkt durch ihren Erfolg bestimmend auf den Erfolg einer anderen Klage, wenn sie für dieselbe präparatorisch oder präjudiciell ist. Hierbei werden zwei selbständige Klagen vorausgesetzt, und also die Fälle außer Frage gelassen, in denen während des Laufs eines Processes ein Rechtsverhältniß zu beurtheilen ist, welches, wenn es verletzt worden wäre, Gegenstand eines besonderen Rechtsstreits sein könnte, das sich aber unter den gegebenen Umständen in Ermangelung einer Verletzung zur gesonderten Geltendmachung nicht eignet. Hat z. B. Jemand mit der a. confessoria um Anerkennung einer Prädialservitut gebeten, so muß er das Eigenthum an dem herrschenden Grundstück darthun; darum aber findet noch kein besonderer Rechtsstreit über das Eigenthum Statt, sofern der Verklagte nicht etwa auch im Besitz des herrschenden Grundstücks ist.[25] Angenommen nun, daß wirklich

---

22) Eine gemischte Intervention wird wenngleich nicht immer in gleichem Sinne von Claproth: De interventionis libello §. 35, Einleitung II. §. 445, Gönner: Handbuch I. 18 §. 10, Glück: Commentar VI. S. 480, Mittermaier im Archiv für civil. Pr. II. 24, Gensler das. IV. S. 157, 158, Bayer: Vorträge §. 45 für möglich gehalten.

23) Darauf macht aufmerksam Martin in Martin und Walch: Magazin I. S. 148 fg., und im Wesentlichen wird dieser Gesichtspunct auch von Mittermaier a. a. O. (Note 22) adoptirt.

24) Im Resultat sind hiermit einverstanden Epplen in Martin und Walch: Magazin I. 4 und Martin in der Anmerkung zu diesem Aufsatz, Reinhardt: Handbuch I. §. 89, Schmid: Handbuch I. §. 61 a. E., Planck a. a. O. S. 470.

25) Ein recht anschauliches Beispiel findet sich in l. 3 C. de jud. (3, 1), l. 1 C. de ord. jud. (3, 8).

zwei Klagen begründet sind, welche in einem präparatorischen oder präjudiciellen Verhältniß zu einander stehen, so gilt im Allgemeinen die Regel, daß sie in der diesem Verhältniß entsprechenden Reihenfolge zu entscheiden sind, wie das Folgende weiter nachweisen soll.

a. Die präparatorischen, vorbereitenden Klagen sind nicht zahlreich. Die Klage auf Urkundenedition ist präparatorisch für den Proceß, in welchem die Urkunde als Beweismittel benutzt werden soll, die a. ad exhibendum für die Eigenthumsklage, das Possessorium für das Petitorium, — das sind die hauptsächlichsten Beispiele. Zunächst nun ist es die Sache dessen, welcher eine präparatorische Klage anzustellen gedenkt, sie so anzustellen, daß sie ihrem Zweck entspricht; besondere processualische Wirkungen werden an sich durch das präparatorische Verhältniß nicht erzeugt.[26] Einige Abweichungen aber treten ein, wenn die betreffenden Klagen zu einem Verfahren verbunden werden, sei es daß dieselbe Partei beide Klagen anstellt, oder daß der mit der einen Belangte die andere als Widerklage geltend zu machen sucht. Vorschriften für diesen Fall gibt das C. R. in Beziehung auf das Verhältniß des Possessorium zum Petitorium.

Daß, wenn Besitz und Eigenthum streitig sind, zuerst über den Besitz und dann (von demselben judex[27]) über das Eigenthum erkannt werden solle, ist schon im R. R. angeordnet.[28] Es hat dies seinen natürlichen Grund darin, daß in dem Eigenthumsproceß der Besitzer die Verklagtenrolle führt, und daß es wegen der dem Verklagten zu Gute kommenden Freiheit vom Beweise des Eigenthums für die Parteien von Interesse ist, zum Voraus eine Entscheidung über den gegenwärtigen Besitz herbeizuführen. Wer Aussicht hat, mittelst des interdictum uti possidetis oder utrubi die Anerkennung seines Besitzes zu erstreiten, und dennoch die Eigenthumsklage voranstellt, übernimmt die Last eines Beweises, dessen Mißlingen für ihn den Verlust der Sache zur Folge

26) Vgl. Planck a. a. O. S. 492 fg.

27) L. 10 C. de jud. (3, 1), l. 13 C. de R. V. (3, 32), und dazu §. 41 Note 63.

28) L. 35 D. de acqu. vel am. poss. (41, 2): „Exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronuntiet judex, uter possideat; ita enim fiet, ut is, qui victus est de possessione, petitoris partibus fungatur, et tunc de dominio quaeratur.“ Vgl. ferner l. 10 C. de jud. (3, 1), l. 13 C. de R. V. (3, 32), l. 3 C. de interd. (8, 1), l. 1 C. uti poss. (8, 6), §. 4 I. de interd. (4, 15).

hat.[29] Einen Verzicht auf den Interdictenschutz jedoch involvirt die Anstellung der Eigenthumsklage nicht,[30] trotz dem, daß sie juristisch nur dem Besitzer gegenüber möglich ist,[31] und es ist daher vollkommen statthaft, daß der Kläger die angestellte Eigenthumsklage wieder fallen läßt, um es zuvor mit dem Interdict zu versuchen. Dagegen scheint die gleichzeitige Anstellung und Verhandlung, mithin auch die Cumulation eines solchen Interdicts und der Eigenthumsklage den Vorstellungen des R. R. zu widersprechen, während ausdrücklich hervorgehoben wird, daß der, welcher die Eigenthumsklage angestellt habe, daneben „pendente judicio" das interdictum unde vi, mithin ein interdictum recuperandae possessionis erheben könne.[32]

Das C. R. nun bestätigt zwar die Regel, daß das interdictum retinendae possessionis dem petitorium vorausgehen müsse, läßt aber im vermeintlichen Anschluß an das R. R. die Verbindung beider zu einem Verfahren zu, und sucht nur den Vorrang des Possessorium innerhalb dieses Verfahrens zur Geltung zu bringen.[33] Danach gestaltet sich die Sache so. Werden beide Processe von derselben Partei eingeleitet, so daß zunächst um Anerkennung des Besitzes und bloß für den Fall, daß der Verklagte sich als Besitzer auszuweisen vermöchte, um Anerkennung des Eigenthums gebeten wird, so sind die Verhandlungen bis zum Zeugenverhör gemeinsam („de utraque commixtim audiant allegationes, pariter et testes admittant"), Zeugenverhör und Urtheil aber beschränken sich vorläufig auf den Besitz, und das das Eigenthum betreffende Verfahren geht nur dann weiter, wenn der Eintritt der in der Klagbitte vorgesehenen Eventualität durch

29) L. 24 D. de R. V. (6, 1), §. 4 I. de interd. (4, 15).

30) L. 12 §. 1 D. de acqu. v. am. poss. (41, 2): „Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare; non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit."

31) Das richtige Verständniß dieser Entscheidung ergibt sich aus §. 22 Note 18.

32) L. 18 §. 1 D. de vi et vi arm. (43, 16): „Eum, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio nihilo minus interdicto recte agere placuit."

33) C. 2 X. de causa possess. et propr. (2,12) [„— judices deputati, ut de possessione et proprietate cognoscant, — — prius audiant attestationes de possessione, et pronuntient secundum tenorem illarum, — cum hoc sit in jure civili expressum —"], c. 5 X. eod. [„— aliis possessoriis judiciis (retinendae possessionis) in suo robore duraturis, quae vindicationem dominii sui natura praecedunt"].

jenes Urtheil bestätigt wird.[34] Wenn dagegen von der einen Partei das interdictum uti possidetis oder utrubi, von der anderen als Widerklage die rei vindicatio angestellt wird, so werden beide Processe gleichen Schrittes bis zu Ende verhandelt und durch ein Urtheil entschieden; dieses Urtheil aber stellt wieder die Besitzesfrage voraus, während in der Execution das Eigenthum prävalirt.[35] Daß das C. R. auch die Cumulation der a. spolii, d. i. des interdictum unde vi, und der Eigenthumsklage gestattet,[36] hat nichts Auffallendes; die interdicta recuperandae possessionis sind nicht präparatorischer Natur. Eigenthümlich aber ist es, daß der Kläger, wenn er die Eigenthumsklage angestellt hat, bis zum Actenschluß die Suspension des weiteren Verfahrens beantragen kann, um ein interdictum recuperandae possessionis oder adipiscendae possessionis einzuleiten, und zwar in denselben Acten, und mit Benutzung des darin bereits gesammelten Materials.[37]

Dies sind die Bestimmungen, welche vom C. R. rücksichtlich des Verhältnisses des Possessorium zum Petitorium aufgestellt werden. Wo sie nicht ausreichen, d. h. in allen nicht ausdrücklich entschiedenen Fällen müssen die Regeln in Anwendung kommen, welche auch sonst für die objective Klagencumulation und die Widerklage gelten.[38] Nur so viel wird allgemein zu behaupten

34) So ist c. 2 X. de causa poss. et propr. (2, 12) vgl. mit c. 6 X. eod. (s. die folgende Note) zu verstehen. Vgl. Erk. der O. A. G. zu Jena (Seuffert V. 66, VI. 90), zu Rostock (das. XVIII. 120).

35) C. 6 X. eod.: „Ad quartum breviter respondemus, quod cum super possessorio et petitorio simul est actum, utrumque una sententia debet terminari. Sed licet in pronuntiatione sit possessio praemittenda: in exsequutione tamen debet proprietas praevalere.“ Daß diese Stelle die R. V. als Widerklage ansieht, ergibt sich aus dem Schlußsatz; soll in der Execution das Eigenthum prävaliren, so ist dies wohl nur so denkbar, daß der Verklagte das Streitobject auf Grund des Possessorium herauszugeben, auf Grund des Petitorium zurückzufordern hat. Etwas Aehnliches kann, wenn beide Klagen von derselben Partei erhoben worden sind, nicht vorkommen. Ein Beispiel der erwähnten Verbindung von Klage und Widerklage gibt das Erk. des O. Trib. zu Stuttgart bei Seuffert III. 227.

36) C. 3, 4 X. de causa poss. et propr. (2, 12).

37) C. 5 X. eod. Vgl. auch c. 36 X. de test. et attest. (2, 20), c. 1 Clem. de causa poss. et propr. (2, 3). Schmid: Handbuch III. §. 196 Note 7 bezieht das c. 5 X. cit. auf die Frage, inwiefern der Kläger possessorische und petitorische Ansprüche zu cumuliren befugt sei; s. aber dagegen Bayer: Summ. Proc. §. 75 Note 2. Der Fall einer Cumulation wird wirklich in dem c. 36 X. de test. unterstellt.

38) Eine ausführliche casuistische Behandlung der in Betracht kommenden Fragen geben Bayer a. a. O. §. 73—79 und Schmid: Handbuch III. §. 196; besondere Aufklärung aber darf man von dieser Casuistik nicht erwarten. Nur

sein, daß die präparatorische Klage mit dem Hauptverfahren auch noch nach dessen Einleitung in Verbindung gesetzt werden dürfe, und daß sie nöthigenfalls das Hauptverfahren bis zu ihrer Entscheidung suspendire, was besonders für die auf materielle Rechtsgründe gestützte Klage wegen Urkundenedition von Wichtigkeit ist.[39]

b. Was sodann die präjudiciellen Sachen[40] anbelangt, so muß man, um ihren Einfluß auf andere Sachen zu verstehen, von einer älteren Bedeutung des Ausdrucks „praejudicium" ausgehen. Unter praejudicia begreifen die Römer ursprünglich Entscheidungen, welchen sich der in einem späteren Proceß urtheilende Richter anzuschließen pflegt, wenn auch nicht nothwendig anzuschließen braucht, durch die er sich gebunden fühlt, obschon er nicht gerade durch sie gebunden ist.[41] Es handelt sich also dabei weniger um den juristischen, als um den moralischen Einfluß einer vorausgehenden Entscheidung, einen Einfluß, welcher aus der bei jedem Richter sich geltend machenden Scheu vor widerstreitenden Ent-

---

darauf mag noch aufmerksam gemacht werden, daß nach c. 1 X. de rest. spol. (2, 13) der Verklagte mit Einwilligung des Klägers der a. spolii, d. i. dem interdictum unde vi, gegenüber sein Eigenthum soll zur Sprache bringen dürfen, was ohne diese Einwilligung unmöglich ist, weil das Eigenthum eine Einrede in possessorio überhaupt nicht begründet, und von dem mit der a. spolii Belangten, welcher selbst das Streitobject besitzt, auch mittelst einer Widerklage nicht geltend gemacht werden kann.

39) Beruht die Editionspflicht auf einem processualischen Grunde, wie in den Fällen des §. 24 Note 103—105, so erzeugt sie keine besondere Klage, sondern wird nöthigenfalls im Hauptproceß geltend gemacht.

40) Außer Planck a. a. O. (Note *), welcher im Text vorzugsweise benutzt worden ist, sind zu bemerken Raevardus: De praejudiciis libri II, Brugis 1565, Jen. 1586, Helmst. 1661 (in Opp. II. p. 739), J. H. Boehmer: Exerc. ad Pand. II. 36 c. 2 §. 18 sequ., V. 92, Savigny: Diss. de concursu delictorum formali, Marb. 1800 §. 13—15 (in den Verm. Schriften IV. 27), Bethmann-Hollweg: Versuche S. 123—125, Brackenhoeft: Die Identität und Connexität der Rechtsverhältnisse, Cap. IV., Leist: De praejudiciis in concursu causarum criminalis et civilis evenientibus, Gott. 1840, O. Mejer: De civilis et criminalis causae praejudicio, Hann. 1841, Dernburg: Ueber das Verhältniß der H. P. zu den erbschaftlichen Singularklagen, Heidelb. 1852, Bülow: Diss. de praejudicialibus exceptionibus, Heidelb. 1863, Bülow: Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen, Gießen 1868, Kap. 6, und dazu Planck in der krit. Vierteljahrsschr. XI. S. 161 fg., Bekker: Die Aktionen I. Berl. 1871, Beil. M., Bruck: Ueber die präjudicielle Wirkung des rechtskräftigen Criminalurtheils auf die connexe Civilsache, Berlin 1875.

41) Asconius in Cic. divinat. c. 4: „Praejudicium dicitur res, quae, quum statuta fuerit, affert judicaturis exemplum, quod sequantur." Von demselben Begriff geht Quinctil. I. O. V. 2 aus, indem er drei Arten der praejudicia unterscheidet, von denen in dem Folgenden namentlich die zweite auf Cic. pro Cluent. c. 22, in Verr. III. 65 und pro Mil. c. 5 (vgl. auch Liv. V. 11) Bezug nehmende Art in Betracht kommt.

scheidungen entspringt.[42] Dieser Einfluß nun, so wohl berechtigt er an sich ist, kann unter Umständen ungünstig wirken, und es haben sich daher im R. R. Regeln gebildet, welche derartigen Nachtheilen vorzubeugen bestimmt sind. Ein nachtheiliger Einfluß ist namentlich da zu befürchten, wo dasselbe Rechtsverhältniß in der einen Sache den eigentlichen Gegenstand des Streits bildet, in der anderen bloß als Voraussetzung des streitigen Rechts in Betracht kommt, zumal wenn jene von größerer Bedeutung ist, als diese. Wird in einem solchen Fall die bedingte und zugleich minder wichtige Sache zuerst entschieden, so ist die Rücksicht, welche auf diese Entscheidung bei Beurtheilung der bedingenden und zugleich wichtigeren Sache genommen wird, um deswillen gefährlich, weil das beiden gemeinsame Rechtsverhältniß in dem voraufgegangenen Proceß nur beiläufig und ohne die erforderliche Beachtung des in der anderen Sache obwaltenden größeren Interesses verhandelt worden ist. So wäre es gewiß unerträglich, wenn derjenige, welcher sich in dem Proceß über eine Prädialservitut als Eigenthümer des herrschenden Grundstücks legitimirt hat, schon deshalb mit der wegen desselben Grundstücks anzustellenden Eigenthumsklage durchdringen sollte, obschon es nicht minder als ein Mißstand empfunden werden würde, wenn er demnächst mit der Eigenthumsklage unterläge. Daher schreibt das R. R. vor, daß über die wichtigere Sache vor der minder wichtigen erkannt werden solle („Per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet"), was nebenher den Vortheil darbietet, daß die Entscheidung der wichtigeren Sache die minder wichtige implicite mit entscheidet, da sie für diese in vielen Fällen Rechtskraft, und jedenfalls ein mit Recht einflußreiches praejudicium begründet („major enim quaestio minorem causam ad se trahit").[43]

Als major causa nun konnte sich eine Sache im früheren Recht dadurch characterisiren, daß sie vor ein angeseheneres Gericht, wie namentlich die hereditatis petitio vor das Centumviralgericht gehörte;[44] im justinianeischen Recht aber ist davon

42) Cic. pro Cluent. c. 22: „An vero illa sua per se ipsi judicia rescinderent, cum ceteri soleant in judicando, ne ab aliorum judiciis discrepent, providere?"

43) L. 54 D. de jud. (5, 1), welche aus den im Text eingeklammerten zwei Sätzen besteht.

44) L. 12 pr. D. de H. P. (3, 31): „Quum hereditatis petitioni locus

nicht mehr die Rede. Dieses weiß nur von einer, bestimmten Sachen wegen ihrer inneren Beschaffenheit zukommenden größeren Wichtigkeit, und schreibt eine solche den Erbschaftsprocessen (hereditatis petitio, querela inofficiosi),[44a] den causae publicae,[45] den Statusfragen[46] und causae existimationis (infamirenden Klagen)[47] in Vergleich mit den causae nummariae, den Sachen von größerem Vermögenswerth im Verhältniß zu Sachen von geringerem Vermögenswerth zu.[48] Daß dieser letzte Gesichtspunct sich zunächst auf die reine Werthdifferenz bezieht, wie eine solche zwischen Capital- und Zinsforderung und allerdings auch zwischen Eigenthum und Servitutrecht[49] besteht, ist nicht zweifelhaft; jedoch kann dies unmöglich seine einzige Bedeutung sein. Einen größeren Werth als die Servitut repräsentirt das Eigenthum schon darum, weil es für viele andere Rechtsverhältnisse und für die (Prädial-) Servitut selbst bedingend ist; wie denn in gleicher Weise nach dem Verschwinden des Centumviralgerichts die hereditatis petitio immer noch wichtiger geblieben ist, als alle die einzelnen Klagen, welche im Erbrecht ihre active oder passive Voraussetzung haben.[50]

---

fuerat, exceptio adsumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei praejudicium. Magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi. —" Allgemeiner drückt sich l. 5 §. 2 D. eod. (5, 3) aus, wenn sie sagt: „Eorum judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium ejus judicii fieri debeat." Vgl. darüber Bülow a. a. O. S. 199 fg.

44a) Vgl. Note 44 und Note 50.

45) Einen heut zu Tage nicht mehr practischen Fall erwähnt l. 35 D. de jure fisci (49, 14), worüber man vgl. Planck a. a. O. S. 197 Note 3. Wie es nach justinianeischem Recht mit den Criminalsachen im Gegensatz der causae privatae gehalten wird, kommt unten zur Sprache. Die ältere Auffassung tritt in den Quellen nicht bestimmt hervor. Vgl. im Allgemeinen l. 4 D. de publ. jud. (48, 1), l. 4 C. de ord. jud. (3, 8), l. 33 C. ad leg. Jul. de adult. (9, 9), und dazu Bülow a. a. O. S. 152 fg.

46) L. 24 §. 4 D. de lib. causa (40,12), l. 42 pr. D. de noxal. act (9, 4), l. 5, 6 C. de ord. cogn. (7, 19). Daß die l. 4 §. 1 D. ne de statu def. (40, 15) nicht hierher gehöre, hebt mit Recht Bülow l. c. p. 20 hervor. Vgl. überhaupt Bülow a. a. O. S. 149 fg.

47) L. 104 D. de R. J. (50, 17): „Si in duabus actionibus alibi summa major, alibi infamia est, praeponenda est causa existimationis; ubi autem aequiparant famosa judicia, etsi summam disparem habent, pro paribus accipienda sunt." Anwendungen dieser Regel finden sich in den Quellen nicht.

48) L. 21 D. de except. (44, 1): „Rei majoris pecuniae praejudicium fieri videtur, quum ea quaestio in judicium deducitur, quae vel tota vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re majori."

49) L. 16 D. de exc. (44, 1). Aehnliche Beispiele finden sich in l. 18 D. eod.

50) Daher denn auch in Justinian's Compilation die hereditatis petitio

Und hierin liegt, daß das Bedingungsverhältniß auch an sich und ohne Rücksicht auf sonstige Umstände die bedingende Sache zur wichtigeren mache, daß es also, um dieser den Vorrang zu sichern, jeder weiteren Unterstützung entbehren könne. Das justinianeische Recht läßt deshalb in Uebereinstimmung mit einer Reihe älterer Constitutionen die früheren Gesichtspuncte, obwohl es sie immer noch anführt, durchaus in den Hintergrund treten, was sich recht augenfällig darin bekundet, daß es der bedingenden Sache auch dann den Vorrang einräumt, wenn dieselbe aus anderen Gründen als die minder wichtige betrachtet werden müßte. So soll der Einleitung eines Criminalverfahrens nicht bloß der Streit über die Freiheit des Anklägers,[51] sondern auch der Streit über die Freiheit oder Ingenuität des Anzuklagenden,[52] der Anklage wegen plagium der Proceß über das Eigenthum des entführten Sclaven,[53] der Anklage wegen crimen vis der Streit über den Besitz,[54] in allen diesen Fällen also der publica causa eine privata causa vorausgehen. Eben so gestattet Justinian mit den späteren Juristen, den civilrechtlichen Anspruch auf Entschädigung vor der Criminalanklage geltend zu machen,[55] und einen Umstand, welcher den Gegenstand

---

den alten Vorrang behauptet, wie sich aus zahlreichen Belegen ergibt. Vgl. z. B. l. 32 §. 10 D. de recept. (4, 8), l. 5 §. 2, l. 7 pr. §. 1, 2, l. 25 §. 17 D. de H. P. (5, 3), l. 1 §. 1, l. 51 §. 1 D. fam. erc. (10, 2). l. 5 C. de hered. act. (4, 16), l. 12 §. 2 C. de H. P. (3, 31), und dazu Bülow a. a. O. S. 135 fg. Auf einen anderen Gesichtspunct macht Dernburg a. a. O. (Note 40) S. 9 unter Zustimmung Bülow's S. 200 aufmerksam, indem er mit Beziehung auf Gai. IV. 133 und l. 13 §. 4 D. de H. P. (5, 3) annimmt, die H. P. habe auch deshalb vorangestellt werden müssen, damit der Verklagte nicht durch eine Menge von Einzelklagen belästigt werde.

51) L. 1, 4 C. de ord. cogn. (7, 19).

52) L. 3 C. eod., l. 26 C. ad leg. Jul. de adult. (9, 9).

53) L. 1, 8 C. ad leg. Fab. de plag. (9, 20).

54) L. 1 C. de appell. (7, 62), l. 7 C. ad leg. Jul. de vi publ. (9, 12). In l. 37 D. de jud. (5, 1) und l. 5 §. 1 D. ad leg. Jul. de vi publ. (48, 6) ist die Rede von der Reihenfolge des crimen vis und des Eigenthumsprocesses; diesem soll jenes vorgehen. Und hierauf ist wieder in der citirten l. 7 C. ad leg. Jul. de vi publ. Rücksicht genommen. Vgl. darüber Planck a. a. O. S. 244 Note 17.

55) L. 7 §. 1 D. de injur. (47, 10): — „Atquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt judicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quominus et privato agamus. Et hoc verum est, sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem. Quid ergo de lege Aquilia dicemus? num (wie Schmidt: Das Interdictenverfahren der Römer S. 281 Note 12 zu lesen vorschlägt statt des handschriftlichen „nam") et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum? Non principaliter; nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione injuriarum de ipsa caede vel veneno, ut vindicetur, non ut damnum sarciatur." Vgl. l. 23 §. 9 D. ad leg. Aquil. (9, 2), §. 11 I. de

einer Criminalanklage bilden könnte, incidenter in einem Civilproceß zur Sprache zu bringen.[56] Zwar liegt hier kein eigentliches Bedingungsverhältniß vor, es steht bloß in Frage, ob der Vorzug der causa publica nicht etwa da zur Geltung komme, wo dasselbe Factum in einer publica und in einer privata causa zu erörtern ist; aber immerhin wird doch auch dies verneint. Dagegen soll der Richter allerdings verhindern, daß die Civilklage der öffentlichen Anklage vorgreife, wenn beide principaliter dasselbe, nämlich die Bestrafung des Delinquenten bezwecken, jene in einem privatum, diese in einem publicum judicium.[57] Nur ist damit nichts Anderes gesagt, als daß die Civilklage überhaupt nicht Statt finde,[58] wie das Beispiel der in ein öffentliches Verbrechen übergegangenen Injurie beweist,[59] während da, wo wegen eines Privatdelicts statt der Privatstrafe extra ordinem eine öffentliche gefordert werden

---

lege Aquil. (4, 3), l. 3 §. 6 D. de tab. exhib. (43, 5), l. 2 §. 1 D. vi bon. rapt. (47, 8), l. 4 D. de publ. jud. (48, 1), l. 15 D. de accus. (48, 2), und besonders l, 1 C. quando civilis actio criminali praejudicet, et an utraque ab eodem exerceri possit (9, 31). Auch Cic. in Verrem III. 65 gehört hierher.

56) Indeß kann der, welcher sich in einem Civilproceß auf einen solchen Umstand beruft, auch die Sistirung des Civilprocesses und die vorgängige Einleitung eines Criminalverfahrens fordern. Dieses Wahlrecht, welches sich aus l. 2, 9, 16, 22—24 C. ad leg. Corn. de falsis (9, 22) ergibt, entspricht ganz den in den Stellen der vorigen Note aufgestellten Grundsätzen. Vgl. auch l. 5. §. 1 D. de H. P. (5, 3), l. 1 in f. C. quando civilis actio criminali praejudicet (9, 31), und über das Verhältniß der l. 22, 23 (wo die Worte „tunc quaestione civili per sententiam terminata," nicht von der Beendigung der Civilsache durch ein Endurtheil, sondern von der Sistirung derselben durch ein Interlocut zu verstehen sind) C. ad leg. Corn. de falsis (9, 22) zu l. 2, 4 C. Th. eod. (9, 19) Planck a. a. O. S. 233 Note 14. Auf die Sistirung des Civilverfahrens bezieht sich l. 4 C. de ord. jud. (3, 8).

57) Diesen Satz führt Ulpian in der l. 7 §. 1 D. de injur. (47, 10) — s. Note 55 — aus, und damit stimmt Cic. de invent. II. 20 überein, wenn er sagt: „Non enim oportet in recuperatorio judicio (injuriarum) ejus maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praejudicium fieri."

58) L. 7 §. 1 D. cit.: „— Rectius igitur fecerit, si hujusmodi actionem non dederit." S. auch den Schluß dieser Stelle. Vgl. Huschke: Gaius S. 149, Bülow l. c. p. 40 sequ., Bülow a. a. O. S. 176 fg.

59) Dies ist das wichtigste, wenn nicht das einzige Beispiel. Zwar findet auch wegen gewaltsamer Wegnahme einer Sache ein publicum judicium de vi und die private a. vi bonorum raptorum Statt, welche im Betrag des triplum die Bestrafung des Räubers bezweckt. Allein im publicum judicium handelt es sich bloß um die Gewalt, im privatum judicium um die gewaltsam vollzogene Vermögensverletzung („de re familiari agitur"). Vgl. l. 4 D. de publ. jud. (48, 1), l. 2 §. 1 D. vi bon. rapt. (47, 8). Ein ähnliches Beispiel enthalten l. 6 D. de injur. (47, 10), l. 4 §. 1 D. ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7) [vgl. mit l. 15 §. 34 D. de inj.]. Wie es sich mit dem judicium legis Fabiae de plagiariis und der a. furti verhalte ist nicht ganz klar. Vgl. l. 1 C. quando civilis actio (9, 31) mit l. 6 pr. D. ad leg. Fab. de plag. (48, 15), l. 12, 13 C. eod. (9, 20).

kann, zwischen beiden Wegen die Wahl frei steht, weil in diesem Fall die öffentliche Bestrafung kein öffentliches, sondern ein Privatdelict trifft („quia ad privatam causam pertinet").[60] Einen Vorzug in der Aufeinanderfolge hat die publica causa vor der privata wieder nur auf Grund eines wahren Bedingungsverhältnisses.[61]

Fragen wir nunmehr, auf welchem Wege der Vorgang der major causa geltend gemacht werde, so ist festzuhalten, daß der Kläger, um die minor causa anhängig zu machen, sich nicht in gleicher Art auf ein früheres Urtheil zu beziehen braucht, wie er es bei der a. judicati thun muß, daß also für die vorgängige Entscheidung der major causa keine innere Nothwendigkeit, sondern bloße Zweckmäßigkeitsgründe sprechen. Von selbst versteht sich nun, daß wo diese in das öffentliche Recht fallen, der Richter auf den Vorgang der major causa von Amts wegen zu halten hat, ohne daß es einen Unterschied macht, ob die minor causa gleichzeitig mit der major causa, oder ob sie vor derselben anhängig gemacht werden soll.[62] Gewöhnlicher aber ist das Parteiinteresse das maaßgebende Moment, und wo dies der Fall ist, macht sich eine Unterscheidung geltend, welche einen besonders characteristischen Ausdruck im römischen Formularprocesse fand, sachlich aber nicht bloß im justinianeischen, sondern eben so im heutigen Recht fortbesteht.[62a] Der Gegensatz, um den es sich dabei handelt, ist

---

60) Vgl. l. 3 D. de priv. del. 47, 1), l. 56 §. 1, l. 92 D. de furt. (47, 2), l. 35, 45 D. de injur. (47, 10), §. 10 I. eod. (4, 4) und dazu, so wie zur vorigen Note, Savigny: System V. S. 251, Huschke in der Zeitschr. für C. R. und Pr. N. F. II. S. 187 fg., Bülow l. c. p. 41 not. 123, 124.

61) Ein Beispiel gibt l. 1 C. ubi causae fiscales (3, 26), vielleicht auch l. 33 C. ad leg. Juliam de adult. (9) 9), deren dunkle Fassung recht wohl die Annahme zuläßt, daß das wegen des adulterium ergehende Criminalurtheil bedingend sei für die Civilansprüche, welche dem verletzten Ehegatten gegen den ehebrecherischen zustanden. Vgl. übrigens über den Text Planck a. a. O. S. 243 unter 2. Sehr ungenügend erörtert die im Text behandelte Materie Brück a. a O. S. 11 fg.

62) S. Note 57—59. Jedoch wandte das ältere Recht im Gegensatze zu dem „actionem non dare" der l. 7 §. 1 D. de injur. (47, 10) auch hier eine Einrede an, welche nach Cic. de invent. II. 20 auf „extra quam si in reum capitis praejudicium fiat" lautete. Der Uebergang von dieser früheren Form zur späteren ist gerade aus dem Hervortreten des öffentlichen Interesses zu erklären. Vgl. Bülow a. a. O. S. 174 fg.

62a) Richtiger als bisher und auch in den früheren Auflagen dieses Systems geschehen, hat den hier in Frage stehenden Gegensatz Bülow in den oben (Note 40) citirten Schriften, seiner Habilitationsschrift und der über die Proceßeinreden bestimmt.

der der Ausnahme zur Regel, und was die Regel anbelangt, so stellt sich dieselbe sofort als durch die Verschiedenheit der Proceßformen gar nicht wesentlich bestimmt dar. Es verhält sich hiermit so.

Allgemein wird die minor causa bis zur Entscheidung der major causa hinausgeschoben,[62b] wenn sie gleichzeitig mit dieser, oder wenn eine von beiden während der Anhängigkeit der anderen zur Verhandlung gebracht wird. Zur Zeit des Formularprocesses geschah dies in jure, indem der Prätor nach vorgängiger eigener Cognition entweder die Litis Contestation, oder wenn Lis bereits contestirt war, durch einen an den judex gerichteten Befehl das Urtheil über die minor causa aussetzte.[63] Man hat in neuerer Zeit diese Verfügung des Prätor mit einem dem R. R. fremden Ausdruck „Präjudicialdecret" genannt.[63a]. Gleichgültig ist, ob an den beiden in Frage stehenden Klagen dieselben Personen betheiligt sind, oder ob bei einer von beiden ein Dritter, sei es die Rolle des Klägers, sei es die des Verklagten führt, ob für beide dasselbe Gericht, oder verschiedene Gerichte competiren.[63b] Eben so

---

62b) Die Quellen reden hier von sustinere, differre judicium (oder actionem), inhibere petitionem. Zahlreiche Belege gibt Bülow S. 135 fg.

63) L. 7 §. 1 D. de H. P. (5, 3) [„— sustinentur liberalia judicia, si jam de in officioso judicium contestatum est"], l. 24 §. 4 D. de lib. causa (40, 12), l. 18 D. de exc. (44, 1). Weitere Belege hat Bülow l. c. p. 27 sequ., Bülow a. a. O. S. 155 fg. zusammengestellt.

63a) Diese Bezeichnung hat Bülow in den in Note 40 citirten Schriften zuerst in Anwendung gebracht.

63b) Vgl. l. 23 §. 2 D. de lib. causa (40, 12), l. 24 §. 4 D. eod. l. 42 pr. D. de noxal. act. (9, 4,) l. 12 §. 2 C. de H. P. (3, 31). Vgl. Bülow a. a. O. S. 155, 190 Note 80. Uebrigens ist das Präjudicialverhältniß nicht als vorhanden anzunehmen zwischen den Klagen der Erbschaftsgläubiger und Legatare einerseits und der des Erbschaftsprätendenten andererseits. Die Erbschaftsgläubiger dürfen sowohl gegen den petitor als gegen den possessor hereditatis klagen, und dringen sie mit ihrer Klage durch, so hält sich der besiegte Verklagte, wenn er demnächst auch im Erbschaftsproceß unterliegt, an die andere Partei; dem possessor steht dieserhalb die Retentionseinrede, dem petitor die a. negotiorum gestorum zu. So spricht sich im Wesentlichen schon l. 4 §. 1, 3 D. si cui plus (35, 3) aus. Eine Ausnahme, welche die Regel bestätigt, enthält l. 35 D. de jure fisci (49, 14). Doch bestanden unter den römischen Juristen Differenzen, welche Justinian durch l. 12 §. 1 C. de H. P. (3, 31) in dem eben bezeichneten Sinne zur Entscheidung brachte. Daß nach dieser Stelle die auf Restitution gerichteten Contractsklagen nur gegen den possessor (nicht gegen den petitor) angestellt werden können, erklärt sich aus der Natur dieser Klagen. Vgl. über das Ganze Dernburg a. a. O. (Note 40) S. 108 fg. A. M. ist rücksichtlich des vorjustinianeischen Rechts Planck a. a. O. S. 229. Wie die Erbschaftsgläubiger können auch die Legatare schon während des Erbschaftsstreites den Testamentserben zur Auszahlung des ihnen Vermachten nöthigen, wenn sie dahin Caution leisten, daß sie nach erfolgter Eviction der Erbschaft das Legat zurückerstatten wollen.

liegt auf der Hand, daß die Aufhebung des Formularprocesses nur insoweit eine Aenderung bewirkt haben kann, daß sie da, wo das Präjudicialverhältniß der minor causa gegenüber nach der L. C. zur Sprache kommt, an die Stelle des früher dem judex ertheilten Befehls eine einfache Suspensions-Verfügung hat treten lassen.

Andererseits aber gibt es Ausnahmsfälle, in welchen die dem Bedingungsverhältniß entsprechende Aufeinanderfolge zweier Processe auch dann sichergestellt werden kann, wenn die major causa nicht gleichzeitig anhängig gemacht wird oder noch nicht in judicium deducirt worden ist. In diesen Fällen gab der Prätor zur Zeit des Formularprocesses, sofern das Präjudicialverhältniß nicht etwa schon in jure liquide war, dem aus der minor causa Belangten eine Exception, welche in die Formel aufgenommen wurde, und obschon sie dilatorischer Natur war, dem damaligen Rechte gemäß wenn bewiesen die definitive Abweisung der Klage herbeiführte.[63c] Die Exception wurde also — und das ist ihre Besonderheit — „futuri judicii, non facti nomine" verliehen.[64] Wir finden sie auch noch im justinianeischen Recht angewandt zu Gunsten der R. V. gegenüber der a. communi dividundo und der a. confessoria, zu Gunsten der H. P. gegenüber der a. familiae erciscundae und der R. V., — der R. V. gegenüber namentlich dann, wenn der Erbe einzelne Erbschaftssachen vindicirt, entweder vom Erbschaftsbesitzer, oder von demjenigen, welchem ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer Erbschaftssachen verkauft hat.[64a] Die Fassung der Exception schloß sich an die Eigenthümlichkeit des

---

Vgl. l. 6, 17 D. de H. P. (5, 3), l. 1 §. 10 D. si quis omissa causa test. (29, 4), l. 48 §. 1 D. de leg. II. (31, 1), l. 3 §. 6—10, l. 4 pr. §. 1—3 D. si cui plus (35, 3) l. 9 C. de leg. (6, 37). Aus diesen Stellen ergibt sich bereits vollständig das vorstehend geschilderte Verfahren, welches demnach von Justinian in l. 12 pr. C. de H. P. (3, 31) nur bestätigt worden ist. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 107 fg., Bülow a. a. O. S. 143.

63c) S. §. 14 Note 96.

64) L. 13 D. de exc. (44, 1): „Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet non obstare exceptionem, quod praejudicium hereditati non fiat; futuri enim judicii, non facti nomine hujusmodi exceptiones comparatae sunt." Hiermit stimmen überein Gai. IV. 133, l. 25 §. 17 D. de H. P. (5, 3), l. 1 §. 1 D. fam. erc. (10, 2), l. 16 D. de exc. (44, 1), eine besondere Bestätigung aber erhält der Text durch l. 18 D. eod., über welche zu vgl. ist Bülow l. c. p. 24, 25. Andere Auffassungen finden sich bei Planck a. a. O. S. 219, Dernburg a. a. O. (Note 40) S. 54.

64a) Vgl. die folgende Note, und dazu Note 62, so wie Bülow S. 169 fg. Ob es im vorjustinianeischen Recht noch andere Anwendungen dieser Einrede gegeben habe, muß dahin gestellt bleiben. Vgl. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Proc. II. §. 99 Note 78.

einzelnen Falles an,[64b] und daraus mag sich erklären, daß eine alle ihre Anwendungen umfassende Beziehung nicht in Uebung kam; die Neueren nennen sie exc. praejudicii. Ihre Aufnahme in die Formel aber war das Nebensächliche; ihre eigentliche Bedeutung lag in der Beziehung auf einen zukünftigen Proceß, und wurzelte in der Begünstigung gewisser Klagrechte, welche vor allen anderen mit einer minor causa in einem Bedingungsverhältniß stehenden Sachen dadurch ausgezeichnet waren, daß die Möglichkeit ihrer zukünftigen Geltendmachung die Abweisung der die minor causa betreffenden Klage zur Folge haben sollte.[64c] Dieser Vorzug ist von der den Formularproceß characterisirenden Scheidung von jus und judicium unabhängig, und deshalb ist derselbe auch nach der Aufhebung des Formularprocesses bei Bestand geblieben. Nur ist die durch die exc. praejudicii bezweckte Abweisung der Klage nach den Grundsätzen des justinianeischen und heutigen Rechts nicht mehr eine definitive; sie geschieht „zur Zeit"[64d] und hat die Wirkung, daß sie den Kläger indirect nöthigt, zuvor die major causa anhängig zu machen, während das die Reihenfolge anhängiger Sachen regelnde s. g. Präjudicialdecret die minor causa bis zur Entscheidung der major causa sistirt.[65] Daß aber

---

64b) Formulirungen dieser Einrede werden außer von Cic. de invent. II. 20 (Note 62) erwähnt in l. 1 §. 1 D. fam. erc. (10, 2) [si in ea re, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat"], in l. 25 §. 17 D. de H. P. (5, 3) [„quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venumdedit"], in l. 16 D. de exc. (44, 1) [„quod praejudicium praedio non fiat"], in l. 18 D. eod. [„quod praejudicium fundo partive ejus non fiat"]. Außerdem führt Gai. IV. 133 eine „praescriptio ea res agatur quod in ea re praejudicium hereditati non fiat" an, von der er sagt, sie komme als praescriptio nicht mehr vor, sondern sei „in speciem exceptionis" umgewandelt.

64c) Daß diese Einrede ein singuläres Rechtsmittel ist, dessen innerer Grund sich schwer feststellen läßt, beweist Bülow a. a. O. S. 197 fg. Wenn gleichwohl dieser Schriftsteller S. 208 fg. versucht, in den Fällen, in welchen die exc. praejudicii zur Anwendung kommt, eine Concurrenz von zwei Klagrechten nachzuweisen, von denen das eine vor dem anderen den Vorzug erhalten soll, so scheitert dieser Versuch an der (von der exc. rei judicatae — vgl. §. 47 Note 94 — handelnden) l. 17 D. de exc. (44, 1), wie schon Schlesinger in den Gött. gelehrten Anz. 1869 S. 897 und Wach zu Keller: Der röm. C. Pr. §. 43 Note 491 bemerkt haben. Unzulässig ist jedenfalls die Ausdehnung der exc. praejudicii auf andere Fälle, und vollends auf alle Fälle des Präjudicialdecrets. Vgl. gegen die auf die l. 12 C. de H. P. (3, 31) gestützte Auffassung der früheren Auflage Bülow a. a. O. S. 145 fg.

64d) Vgl. §. 14 Note 96.

65) Hier mag übrigens bemerkt werden, daß der zuerst von Bülow hervorgehobene und im Text adoptirte scharfe Gegensatz von Präjudicialeinrede und Präjudicialdecret bei Schlesinger a. a. O. (Note 64c) S. 899 fg., Bekker

die exc. praejudicii noch heute zu Tage practisch ist, läßt sich nicht wohl bezweifeln.[65a] Sie findet noch immer in den oben benannten Fällen Anwendung, und erfordert, um berücksichtigt zu werden,

erstens, daß die bedingende Klage überhaupt entstanden sei. Gesetzt also, der mit der a. confessoria Belangte wollte zuvor die rei vindicatio angestellt wissen, obschon er den Besitz des herrschenden Grundstücks nicht hätte, so könnte er mit diesem Anspruch nicht gehört werden. Nicht minder würde der a. familiae erciscundae gegenüber die exc. praejudicii zu verwerfen sein, wenn sie den klagenden Besitzer zur vorgängigen Anstellung der hereditatis petitio nöthigen sollte. Denn rei vindicatio und hereditatis petitio können nur gegen den Besitzer angestellt werden, und während daher dem Verklagten, wenn er besitzt, die exc. praejudicii zusteht, muß sich der belangte Nicht-Besitzer gefallen lassen, daß in Folge der erhobenen Klage das Eigenthum und Erbrecht des Klägers in der minor causa beiläufig (incidenter) untersucht werde.[66] Sodann aber wird

zweitens vorausgesetzt, daß gerade derjenige zu der bedingenden Klage legitimirt sei, welchem die Einrede entgegentritt.[67] Die Fälle, in welcher die Quellen das Gegentheil zu sagen scheinen, betreffen nicht die Präjudicialeinrede.[68]

Andererseits ist es keine nothwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit der Präjudicialeinrede, daß die bedingende Klage gegen den Verklagten selbst gerichtet sei. So darf sich derjenige der exc. praejudicii bedienen, welcher eine Erbschaftssache von dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer gekauft hat, falls ihn der

---

a. a. O. (Note 40) S. 380 fg. und Wach a. a. O. (Note 64c) noch einigen Zweifeln begegnet ist.

65a) Anders nach der Deutschen Reichs-Civil-Proceßordnung §. 253, welche dem Beklagten gestattet durch Erhebung einer Widerklage zu beantragen, „daß ein im Laufe des Processes streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum Theil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde," in Verbindung mit §. 139, welcher dem Gericht die unbeschränkte Befugniß zur amtlichen Regulirung der Reihenfolge der im Präjudicialverhältniß stehenden Streitigkeiten einräumt.

66) L. 1 §. 1 D. fam erc. (10, 2).

67) S. die Stelle der vorigen Note.

68) So die vielfach, und auch in den früheren Auflagen dieses Werkes, anders aufgefaßte l. 7 §. 1 D. de H. P. (5, 3).

Erbe auf Herausgabe derselben belangt.[69] Denn der b. f. possessor ist dem Erben gegenüber zu nicht Mehr verpflichtet, als zur Herausgabe der in seinen Händen befindlichen Bereicherung,[70] die allerdings mehr betragen kann, als das dem Käufer im Fall der Eviction zu präſtirende Intereſſe, sehr häufig aber weniger beträgt. Wofern daher der Regreß gegen ihn Statt findet,[71] würde er indirect benachtheiligt werden, wenn der Verurtheilung des Käufers zur Restitution der gekauften Erbschaftssache nicht eine Untersuchung darüber vorausginge, in welchem Umfang der Verkäufer dem Erben verhaftet sei. Diese Untersuchung nun könnte zwar incidenter im Eigenthumsproceß vorgenommen werden, sie bildet aber recht eigentlich den Gegenstand der Erbschaftsklage, die sich somit als bedingend für die Eigenthumsklage darstellt und eben darum den Vorrang vor ihr in Anspruch nimmt. Indeß ist der Effect der exc. quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venumdedit, nicht der, daß die Eigenthumsklage bloß suspendirt wird; durch die Anstellung der Erbschaftsklage wird sie vielmehr consumirt, wie dies der Erfolg jener Einrede auch da ist, wo dieselbe einer Singularklage von Seiten des Erbschaftsbesitzers selbst entgegentritt. — Anders dagegen verhält es sich mit dem m. f. possessor, der, wenn er eine Erbschaftssache veräußert hat, als dolo desinens possidere dem Erben im weitesten Umfang verhaftet ist, und durch die Zahlung der litis aestimatio weder selbst das Eigenthum erwirbt, noch die Eigenthumsklage vom Käufer abwendet. Daß unter diesen Umständen der Erbe der Erbschaftsklage

69) Die entscheidende Stelle ist l. 25 §. 17 D. de H. P. (5, 3). Außerdem vgl. l. 13. §. 4 D. eod. und dazu Dernburg a. a. O. §. 9.

70) L. 25 §. 11—16 D. eod.

71) Diese Voraussetzung wird hervorgehoben in l. 25 §. 17 D. eod.: „— Et puto posse res vindicari, nisi emtores regressum ad b. f. possessorem habent." Beispiele für den Mangel derselben gibt l. 13 §. 4 D. eod.: „— Sed finge non exstare venditorem, vel modico vendidisse, et b. f. possessorem fuisse, an porrigi manus ad emtorem debeant. Et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem." Hier ist die Rede vom Verkauf der Erbschaft im Ganzen und von der Frage, ob gegen den Käufer eine utilis hereditatis petitio Statt finde. Diese Klage wird für statthaft erklärt, jedoch von derselben Voraussetzung abhängig gemacht, wie die rei vindicatio. Unter dem „modico vendidisse" ist wohl der Verkauf einer unsicheren Erbschaft um einen Scheinpreis (nummo uno) zu verstehen. Von ähnlichen Käufen handeln l. 10, 11 D. de hered. v. act. vend. (18, 4). Beim Verkauf einer einzelnen Sache würde die Verabredung eines Scheinpreises das Geschäft zur Schenkung machen. Außer der Verschollenheit sind aber auch der Concurs des Verkäufers und das Bewußtsein des Käufers, eine fremde Sache zu kaufen, Umstände, welche den Regreß ausschließen. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 91, 92, 105.

nicht vorgreift, sofern er den Käufer belangt, statt gegen den Verkäufer zu klagen, versteht sich von selbst. Denn die Vindication verschafft ihm nicht Mehr, als was ihm gebührt, und ist indirect, weil sie sein Interesse befriedigt („quia nihil petitoris interest"), sogar von Vortheil für den Verkäufer, der nun nicht mehr mit der Erbschaftsklage belangt werden kann.[72] Eben so wenig steht die Präjudicialeinrede dem am Erbrecht nicht betheiligten dritten Besitzer einer Erbschaftssache[73] und dem Erbschaftsschuldner zu.[74] Beide können ohne Weiteres mit den entsprechenden Singularklagen belangt werden, und haben kein Recht zu fordern, daß die Erbschaftsprätendenten zuvor unter einander den Streit über das Erbrecht auskämpfen. Offenbar deshalb, weil die hereditatis petitio nur gegen den Besitzer, den rei oder juris possessor geht, und folglich in Betreff eines in den Händen Dritter befindlichen Vermögenstheiles nicht möglich ist. Wird der Dritte gleichzeitig von Mehreren angesprochen, welche behaupten, in die Rechte eines Verstorbenen eingetreten zu sein, so finden die in der Lehre von der s. g. Principal-Intervention dargestellten Grundsätze Anwendung.[75]

Diese im justinianeischen Recht aufgestellten Grundsätze nun haben in späterer Zeit keine Veränderung erlitten; sie liegen namentlich den einschlagenden Entscheidungen des C. R.[76] zu Grunde. Etwas Neues war es allerdings, daß das C. R. auch in einem und demselben Proceß diejenigen Fragen zum Voraus erörtert wissen wollte, deren Entscheidung möglicher Weise jedes weitere Verfahren

---

72) L. 13 §. 14, l. 25 §. 8 D. de H. P. (5, 3), l. 95 §. 9 D. de solut. (46, 3). Vgl. dazu Dernburg a. a. O. S. 87 fg., und über die dabei in Betracht kommenden Gesichtspuncte Wetzell: Der römische Vindicationsproceß S. 224 fg.

73) L. 49 D. de H. P. (5, 3). Vgl. dazu l. 57 D. eod. und Dernburg a. a. O. S. 118 fg., welcher die abweichenden Ansichten Planck's a. a. O. S. 229 widerlegt.

74) L. 49 D. de H. P. (5, 3), l. 27 §. 2 D. de leg. III. (32, 1) [verb. „jussu procuratoris Maurus pecuniam fisco solverat"]. Vgl. auch l. 1 §. 37 D. depos. (16, 3), und dazu Dernburg a. a. O. S. 117 fg. gegen Planck a. a. O. S. 229.

75) S. oben Note 3, 4, 10—21.

76) Diese sind wenig zahlreich. Am bestimmtesten spricht sich im Sinne des R. R. c. 3 X. de ord. cogn. (2, 10) aus; denselben Sinn aber hat c. 5 X. qui filii sint legit. (4, 17). Beide Stellen handeln von einem Erbschaftsproceß, dessen Entscheidung von der ehelichen Geburt einer der Parteien, und folglich von der Gültigkeit der Ehe abhängt. Diese Frage nun, welche als Gegenstand einer besonderen Klage betrachtet wird, soll zum Voraus vom geistlichen Gericht entschieden werden. Vgl. §. 47 Note 94.

überflüssig machte;[77] man nannte solche Fragen quaestiones praejudiciales.[78] Wenn jedoch noch die neueren Juristen[79] unter den in Folge der Klagestellung zur Sprache kommenden Momenten die präjudiciellen Puncte besonders glauben hervorheben zu müssen, so ist dies deshalb ungerechtfertigt, weil die Ausbildung des Eventualprincips jener Vorschrift des C. R. jede practische Bedeutung genommen hat.[80] In gleicher Weise werden heut zu Tage die Puncte, welche die formellen Voraussetzungen des Verfahrens (die Competenz, die legitima persona standi in judicio, die Legitimation u. s. w.) betreffen, das Verfahren mithin vorbereiten, die präparatorischen Punkte (praeparatoria judicii), in Verbindung mit der Hauptsache erörtert,[81] während alle auf das Materielle des Rechtsstreits bezüglichen einzelnen Fragen, welche im Laufe des Verfahrens auftauchen, seit dem Mittelalter incidentes quaestiones genannt,[82] insofern von der Sache im Ganzen unterschieden zu werden verdienen, als nach einer noch in neuester Zeit verbreiteten, obschon unrichtigen und keineswegs allgemein gebilligten Ansicht die Entscheidungen, durch welche sie erledigt werden, die Bedeutung von Unterentscheidungen, d. h. Rechtskraft im materiellen Sinne haben sollen.[83]

---

77) C. 1 X. de ord. cogn. (2, 10). Aehnliche Regeln galten bezüglich der dilatorischen Einreden, der exc. rei judicatae, transactae seu finitae, und der exc. spolii. Vgl. Planck a. a. O. S. 474.

78) S. Planck S. 473.

79) So z. B. noch Heffter: System §. 148.

80) S. Martin: Lehrbuch §. 31 Note g, Planck S. 473.

81) Eine Ausnahme gilt für die exceptiones fori declinatoriae, welche den Verklagten von der eventuellen Litis Contestation befreien.

82) Dieser Ausdruck kommt schon in den römischen Rechtsquellen vor, jedoch nicht in technischer Bedeutung. Vgl. l. 1 C. de ord. jud. (3, 8) [„Pertinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem, quae in judicium devocatur, examinare“], l. 3 C. eod. [„Cum civili disceptationi principaliter motae quaestio criminis incidit —“]. Im C. R. dagegen wird er bereits technisch gebraucht. Vgl. c. 9 X. de in int. rest. (1, 41), c. 3 X. de don. int. V. et Ux. (4, 20). Eben so von den ital. Juristen, welche den incidentes quaestiones die emergentes entgegensetzen, und unter jenen die sich auf die materialia causae bezüglichen, unter diesen die processualischen Streitpuncte zu verstehen pflegen. Vgl. Buchka: Die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß II. S. 170.

83) S. oben §. 47 Note 96 f. und über das Literar-Historische Buchka a. a. O. II. §. 23.

Von den Acten.

§. 65.

Jeder einzelne Proceß nimmt als Ganzes gedacht nach heutigem Recht eine Form an, welche alles auf ihn Bezügliche zusammenfaßt, und ihn auch äußerlich und sichtbar als eine Einheit (als eine Sache) darstellt. Diese Form bilden die Acten (acta, gesta).

Im Allgemeinen versteht man unter Acten schriftlich vollzogene Geschäfte, und unterscheidet, je nachdem die schriftliche Aufzeichnung von Privatpersonen oder von öffentlichen Behörden bewirkt worden ist, Privatacten und öffentliche Acten. Unter die Kategorie der Privatacten gehören z. B. die Manualacten [1] der Advocaten und Procuratoren, bestehend aus den Concepten ihrer eigenen schriftlichen und mündlichen Vorträge nebst den dazu gekommenen richterlichen Verfügungen und Abschriften der jenseitigen Vorträge. Oeffentliche Acten werden von den öffentlichen Behörden über alle in ihren Amtsbetrieb fallenden Geschäfte geführt, von den Gerichten insbesondere über die administrativen und disciplinaren Angelegenheiten, welche sie zu besorgen haben, über die Vorgänge der freiwilligen Jurisdiction, und über die von ihnen geleiteten Criminal- und Civilprocesse. Vorliegend kommen ausschließlich die Civilproceßacten in Betracht, und sie werden daher im Folgenden Acten schlechthin genannt werden.

Aufzeichnungen der Gerichtsverhandlungen nun waren zwar dem späteren R. R. nicht unbekannt; [2] daß aber Alles, was vor Gericht in einem Proceß vorgeht, gleichzeitig und in glaubwürdiger Weise aufgezeichnet werden solle, hat erst das C. R. vorgeschrieben. [3] Diese Vorschrift hat ihren Grund darin, daß das Verfahren selten in einem Zuge zu Ende kommt, häufig sogar durch mehrere Instanzen hindurchgeht, und daß die dieserhalb erforderliche Firirung der Statt gehabten Verhandlungen durch eine schriftliche Beglaubigung sicherer gewährt wird, als durch die vergängliche

---

1) S. §. 8 Note 19, 62, §. 41 Note 67, §. 63 Note 117, 119.

2) L. 6 C. de re jud. (7, 52), l. 15, l. 32 §. 2, 4 C. de app. (7, 62), und dazu Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. S. 194, III. S. 197 fg., S. 349, Menger: Die Zulässigkeit neuen thatsächl. Vorbringens S. 17 fg., 28 fg.

3) C. 11 X. de prob. (2, 19), und dazu §. 36 Note 59.

und leicht ungenaue Erinnerung der betheiligten Gerichtspersonen.[4] Vorzugsweise dieser Beglaubigung wegen ist der Gerichtsschreiber oder Actuarius ein unentbehrliches Glied jedes Gerichts, ohne daß es einen Unterschied macht, ob das Verfahren ein mündliches oder schriftliches ist; das mündliche Verfahren kann Aufzeichnungen über die Verhandlungen so wenig, wie das schriftliche entbehren,[5] und wird durch dieselben allein noch keineswegs in ein schriftliches umgewandelt.

Ihre Beziehung auf einen bestimmten Proceß nun bekunden die Acten durch das Rubrum, welches in einer kurzen Anzeige des Gerichts, der Parteien und Parteirollen, so wie des Streitobjects besteht, und der das Verfahren einleitenden Proceßhandlung, in erster Instanz also der Klage oder dem der Klage etwa bereits vorangegangenen Antrag, wie die provocatio ad agendum ein solcher ist, entlehnt wird. Sollte dasselbe von Anfang an ungeeignet sein, z. B. nicht auf die proceßführende Partei selbst, sondern auf deren Vertreter lauten, oder in Folge eines späteren Umstandes, etwa in Folge des Todes einer Partei und der darauf geschehenen reassumtio litis aufhören geeignet zu sein, so muß es durch richterliches Decret abgeändert werden. In den höheren Instanzen werden besondere Acten angelegt, welche ihr eigenes, dem angewandten Rechtsmittel entsprechendes Rubrum haben, wogegen in derselben Instanz die verschiedenen Abschnitte des Verfahrens weder zu einer Sonderung der Acten, noch zu einer Aenderung des Rubrum führen. Nur da wird sich die Anlegung von Nebenacten (Specialprotocollen) mit speciellerem Rubrum empfehlen, wo mehrere Rechtsstreite zu einem Verfahren verbunden sind, und dennoch nicht in gleichen Fristen und Terminen verhandelt werden, wie dies im Concursverfahren rücksichtlich der einzelnen angemeldeten, dem Contradictor gegenüber auszuführenden Forderungen,[6] und bei der Principalintervention rück-

4) S. auch §. 36 Note 61.

5) Gerade auf ein mündliches Verfahren bezieht sich das c. 11 X. de prob. (2, 19), und das c. 2 Clem. de V. S. (5, 11) gestattet zwar, daß die Klage, welche regelmäßig schriftlich übergeben werden mußte, im s. g. unbestimmt summarischen Verfahren mündlich angestellt werde, verlangt aber dann ihre sofortige Eintragung in die Acten („— Verum — pro parte agentis et etiam rei, si quid petere voluerit, est in ipso litis exordio petitio facienda, sive in scriptis sive verbo, actis tamen continuo inserenda —"). Vgl. auch R. G. O. von 1521 tit. 24 §. 3, von 1555 II. 31 §. 2, Conc. von 1613 II. 34 §. 1.

6) Vgl. Bayer: Theorie des Concurs-Processes §. 58.

sichtlich des vom Intervenienten erhobenen besseren Anspruchs[7] der Fall ist. Der Einheit des Verfahrens und der Acten aber thut diese lediglich eine leichtere Uebersicht bezweckende Anordnung keinen Eintrag, und die einzelnen Actenfascikel verhalten sich daher wesentlich anders zu einander, als die auf Antrag einer Partei vom Richter apponirten älteren Acten zu den Hauptacten, in welche jene nicht im Ganzen, sondern bloß in Betreff der vom Antragsteller ausdrücklich zu bezeichnenden Stellen als durch die Apposition aufgenommen betrachtet werden.[8]

Das Rubrum dient zur Individualisirung und Bezeichnung der Acten, bildet also ihren Titel. Ihr Inhalt aber besteht in den gleichzeitig aufgenommenen Bekundungen derjenigen gerichtlichen Vorgänge, welche sich auf die im Rubrum bezeichnete Sache beziehen, ist mithin als eine Reihe successiver, chronologisch einander folgender Einträge zu denken. Diese Einträge betreffen entweder Handlungen der Parteien oder richterliche Handlungen. Und die Parteihandlungen sind wieder bald mündliche Vorträge, bald schriftliche Eingaben. Jene müssen ihren wesentlichen Momenten nach in den Acten wiedergegeben werden, was jedoch in der Art geschehen kann, daß die Concepte, aus welchen sie vorgelesen oder als vorgelesen angenommen worden sind, statt ihrer unter Vermerkung der Uebergabe den Acten einverleibt werden (unter der Aufschrift R. S. L. O., d. h. recessus scriptus loco oralis). Bei den schriftlichen Eingaben dagegen wird nur die Ueberreichung, Präsentation', registrirt, und eben so bei den Communicaten anderer Behörden. Die richterliche Thätigkeit andererseits besteht entweder in Verfügungen oder in Wahrnehmungen. Jene werden, mögen sie Decrete oder Urtheile sein, für die Parteien erst mit ihrer Publication oder Insinuation existent, und während sie daher vom Richter selbst in die Acten geschrieben, und wenn aus seinem Concept durch den Actuarius eingetragen (oder extendirt), vom Richter wenigstens unterschrieben werden, ist die Beglaubigung der Publication, so wie der über die Insinuation vom Gerichtsdiener erstatteten Relation als der eigentlich entscheidenden Acte wieder Sache des Actuarius. Die Wahrnehmungen des Richters finden regelmäßig in den Acten keine besondere Stelle. Denn was der Richter wahrnimmt, vermag auch der Actuarius wahrzunehmen,

7) S. §. 64 Note 20.
8) Vgl. §. 20 a. E.

und Wahrnehmungen, welche dem Gericht bei Verhandlung einer Sache entgegentreten, sind eben vom Actuarius actenmäßig zu machen. So verhält es sich namentlich mit den Vorträgen der Parteien. Indeß gibt es doch auch Fälle, in denen es ganz speciell auf die Wahrnehmung des Richters ankommt, und zu diesen gehört vor Allem die Einnahme von Augenscheinen. Denn der Augenschein soll unmittelbar dem Richter die Ueberzeugung von der Existenz und Beschaffenheit eines Zustandes geben,[9] und von Relevanz kann daher nur das sein, was er selbst, nicht das, was der Actuarius wahrgenommen hat. Deshalb aber muß auch die Aufzeichnung des Wahrgenommenen durch den Richter vermittelt werden, während dem Actuarius vorbehalten bleibt, seinen etwa abweichenden eigenen Beobachtungen daneben Ausdruck zu geben. Etwas Aehnliches findet bei den Zeugenverhören Statt, und zwar nicht bloß soweit es sich um Beobachtungen über die Geberden der Zeugen, sondern auch soweit es sich um die zu protocollirenden Aussagen selbst handelt, falls über deren Sinn Zweifel entstehen und von den Zeugen keine genügenden Aufklärungen gegeben werden.

Was sodann die formelle Einrichtung der Acten anbelangt, so ist zunächst daran zu erinnern, daß die Einträge des Actuarius, um glaubwürdig zu sein, außer dessen Unterschrift die Angabe von Zeit und Ort des bekundeten Vorgangs, so wie der handelnden Personen, und wo Erklärungen der Parteien oder anderer Personen in Frage stehen, die Vorlesung und Genehmigung des Niedergeschriebenen erfordern. Die Aufzeichnungen solcher Erklärungen pflegen heut zu Tage Protocolle, alle anderen Vermerke Registraturen genannt zu werden.[10] Und daraus ergibt sich, daß die Acten im mündlichen Verfahren, in welchem die Parteien oder deren Vertreter persönlich vor Gericht auftreten und vom Gericht regelmäßig mündlich beschieden werden, vorzugsweise aus Protocollen bestehen, während sie im schriftlichen Verfahren, in welchem die Parteien ihre Eingaben dem Gericht überschicken oder im Secretariat abgeben, und die Verfügungen des Gerichts insinuirt erhalten, überwiegend aus Registraturen zusammengesetzt sind, d. h. aus schriftlichen Eingaben, auf welchen die Präsenta-

---

9) S. §. 44 unter I. 1.
10) S. §. 36 Note 76—79.

tion,[11] und aus den darauf ergangenen Verfügungen, zu welchen eine Relation über die Insinuation registrirt ist. Demgemäß wird der Verlauf des mündlichen Verfahrens durch das s. g. protocollum actorum, d. i. durch ein von Termin zu Termin fortgesetztes Protocoll dargestellt, welches in ununterbrochener chronologischer Reihenfolge die mündlichen Vorträge der Parteien, die publicirten Decrete und Urtheile, die Zeugenvernehmungen und Eidesabnahmen, außerdem aber auch die etwa aufgenommenen Registraturen enthält, und auf die statt mündlichen Vortrags überreichten schriftlichen Recesse, so wie auf sonstige schriftliche Eingaben als mit fortlaufenden Zahlen numerirte Anlagen verweist. Dagegen werden die einzelnen Stücke, welche die Acten des schriftlichen Verfahrens bilden, namentlich also die Eingaben der Parteien und anderer Personen, die ausnahmsweise (z. B. über den Versuch der Güte, das Zeugenverhör u. s. w.) aufgenommenen Protocolle und die Urtheile, bloß durch fortlaufende Zahlen zusammengehalten, welche den Zahlen eines voraufgeschickten einfachen Verzeichnisses, der s. g. designatio actorum,[12] entsprechen; die auf die Eingaben ergehenden Decrete aber erhalten keine besondere Nummer, sondern werden im Concept auf die Eingabe geschrieben, zu der sie gehören, und in der Extension denselben beigelegt.[13]

Damit die Parteien Gelegenheit haben, die Vollständigkeit der Acten zu controliren, sollen sie reichsgesetzlich vor der Actenversendung[14] und im Appellationsproceß vor der Actenedition,[15] nach der R. H. R. Ordnung aber auch vor der Zutheilung der Acten an den Referenten[16] zu einem s. g. Inrotulationstermin geladen werden, und in diesem auf etwaige Mängel aufmerksam machen dürfen. Jene Bestimmung der R. H. R. Ordnung galt jedoch im Proceß des R. K. Gerichts nicht,[17] und kann daher auf gemeinrechtliche Geltung gewiß keinen Anspruch machen. Wohl aber hat

11) R. H. R. O. von 1654 tit. 3 §. 16, 18.

12) Auch „rotulus" genannt. Vgl. Heffter: System §. 206 Note 123.

13) Die Einrichtung der Acten ist jedoch sehr verschieden. Auch im schriftlichen Verfahren findet man hier und da ein s. g. protocollum actorum, und im mündlichen eine bloße designatio actorum. Im letzten Fall bilden die Terminsprotocolle je eine Actennummer. Vgl. im Allgemeinen Nettelbladt: Versuch einer Anleitung zu der practischen Rechtsgelahrtheit §. 682.

14) J. R. A. §. 113.

15) J. R. A. §. 62.

16) R. H. R. O. von 1654 tit. 3 §. 20.

17) Vgl. Cramer: Syst. proc. imp. §. 2032.

der Richter ex officio auf die Vollständigkeit der Acten zu achten,[18] darf deshalb das, was einmal Bestandtheil derselben geworden ist, insbesondere die producirten Urkunden nur nach absolvirtem Gebrauch und gegen Zurückbehaltung einer beglaubigten Abschrift retradiren,[19] und muß, wenn die Acten ganz oder theilweise vor der völligen Beendigung des Rechtsstreits verloren gehen, für ihre Redintegration sorgen.[20] In einem solchen Fall wird das Verlorene aus den Manualacten der Parteien und unter deren Mitwirkung in einem dieserhalb anzusetzenden Termin wiederhergestellt,[21] indem die daraus erwachsenden Kosten, wenn der Verlust von einem Gliede des Gerichts verschuldet ist, selbstverständlich eben diesem,[22] außerdem den Parteien zur Last fallen. Auf Einsicht der Acten haben dritte Unbetheiligte keinen Anspruch; den Parteien aber muß sie im Beisein einer Gerichtsperson und nach Beseitigung der darin enthaltenen Vota jeder Zeit gestattet werden.[23]

Aus diesen Bemerkungen nun ersieht man, in welchem Sinne die Eingangs aufgestellte Behauptung zu verstehen sei, daß jeder Proceß in den Acten eine Form annehme, welche alles auf ihn Bezügliche zusammenfasse und umschließe. Die Acten haben für das processualische Verfahren eine ähnliche Bedeutung wie die Uebergabe der Testamentsurkunde zu gerichtlichem Gewahrsam oder die Aufnahme des Testaments zu gerichtlichem Protocoll für die Testamentserrichtung. Sie sollen eine glaubwürdige Erinnerung an die Verhandlungen begründen und zugleich zu deren Solennisirung dienen. Demnach hat das Verfahren eine von ihnen unabhängige Existenz, und es kann von einer Gestaltung des Verfahrens die Rede sein ohne unmittelbare Rücksicht auf die Acten. Die Prin-

18) Arg. l. 15 C. de app. (7, 62).

19) R. G. O. von 1495 tit. 4 §. 1, von 1500 tit. 28, von 1555 I. 30 §. 7, Conc. von 1613 I. 43 §. 28. Vgl. Gaill: Obs. I. 134 nr. 24 (wo sich Verweisungen auf die Italiener finden) und unter den Neueren Martin: Lehrbuch §. 104 a. E.

20) Die R. G. O. von 1555 II. 31 §. 4 und das Conc. von 1613 II. 34 §. 3 beziehen sich nicht auf die vorliegende Art der Redintegration.

21) Dieser Modus, welcher sich aus sich selbst rechtfertigt, ist zuerst von Berlich: Decis. 293 nr. 3 empfohlen, und dann von Mevius: Decis. II. 69, Cramer: Wetzlarische Nebenstunden CXVII. S. 56, Hofmann: Teutsche R. Pr. III. §. 2311, 2339 Note k, Claproth: Einleitung I. §. 50 S. 193, 194, Martin: Lehrbuch §. 314, Bayer: Vorträge §. 144 u. f. w. adoptirt worden. Wie Gaill: Obs. I. 134. nr. 21 bemerkt, wurden am R. K. Gericht, wenn die Untergerichtsacten verloren gegangen waren, neue Verhandlungen eingeleitet.

22) Als Argument hierfür können die in Note 20 angeführten Stellen dienen.

23) R. G. O. von 1500 tit. 7.

cipien dieser Gestaltung nun sind in dem Folgenden festzustellen. Es handelt sich dabei zuvörderst um die Frage, welchen Beschränkungen das Verfahren in Betreff des Orts und der Zeit unterliege, und sodann um die Beziehungen, in welche die der gerichtlichen Realisirung eines bestimmten Streitverhältnisses dienenden Handlungen zu einander treten.

Von dem Ort und der Zeit des gerichtlichen Verfahrens.

§. 66.

Die Handlungen, aus denen ein gerichtliches Verfahren besteht, lassen sich nicht denken ohne einen Ort, an dem sie, und ohne eine Zeit, in der sie vorgenommen werden. Nicht jeder Ort aber und nicht jede Zeit ist zur gerichtlichen Verhandlung geeignet, und es haben sich daher nach beiden Richtungen hin Normen gebildet, welche den dabei in Betracht kommenden Rücksichten auf religiöse Vorstellungen, auf die Sitte und auf die Forderungen der Zweckmäßigkeit gerecht werden sollen.

1. Was den Ort[1] anbelangt, so hat der noch im späteren R. R. hin und wieder erwähnte Gegensatz des „pro tribunali" und des „de plano" die örtliche Beziehung, welche er früherhin hatte, verloren. Früherhin verhandelten die römischen Magistrate pro tribunali, d. h. auf der bei feierlicher Gerichtssitzung benutzten Emporbühne,[2] diejenigen Sachen, welche nach vorgängiger förmlicher causae cognitio durch Decret erledigt werden mußten,[3] de plano aber, d. h. auf ebener Erde und wo sie sich gerade befanden,[4] erließen sie solche Verfügungen, welche keine förmliche Untersuchung bedurften.[5] Die Verschiedenheit der Gerichtsstätte wurde also durch die Verschiedenheit der gerichtlichen Thätigkeit bedingt; sie war das Merkmal der bei der Verhandlung Statt findenden größeren oder

1) Vgl. im Allgemeinen über das R. R. Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. I. §. 27, II. §. 79, III. §. 147, Puchta: Cursus der Institutionen II. §. 158, Keller: Der römische C. Pr. §. 3, Karlowa: Der röm. C. Pr. zur Zeit der Legisactionen §. 32, über das alt-deutsche Recht Maurer: Gesch. des altgermanischen Gerichtsverfahrens §. 18, 65—67, 125—131.

2) S. Bethmann-Hollweg a. a. O. I. §. 27 Note 3—8, II. §. 79 Note 15—19.

3) L. 3 §. 8 D. de B. P. (37, 1), l. 2 §. 1 D. quis ordo (38, 15), l. 6 C. de praed. et al. reb. min. (5, 71).

4) Vgl. Gai. I. 20, §. 2 I. de libert. (1,5), l. 8 D. de manum. vind. (40, 2).

5) L. 9 §. 1, 3 D. de off. Procons. (1, 16), l. 1 §. 1 D. de const. Princ. (1, 4), l. 6 D. de accus. (48, 2), l. 18 §. 10 D. de quaest. (48, 18), l. 4 C. de dilat. (3, 11). Vgl. dazu Bethmann-Hollweg II. §. 79 Note 36—42.

geringeren Förmlichkeit, und ist als solches im späteren Recht verschwunden, obwohl die früher gangbaren Ausdrücke auch ferner für die eine und andere Art der Verhandlung characteristisch geblieben sind. — Nach den in das justinianeische Recht übergegangenen und vom C. R.[6] bestätigten Grundsätzen ist der Richter innerhalb seines Sprengels an einen bestimmten Ort nicht gebunden;[7] ein jeder Ort, an welchem er sich aufhält, um gerichtliche Geschäfte zu besorgen, das Privathaus, in welchem er von einer kranken Partei einen Schiedseid schwören läßt, der Acker, auf dem er einen Augenschein einnimmt,[8] ist als Gerichtsstätte zu betrachten. Abgesehen von besonderen Gründen aber pflegt er an einem und demselben Ort zu Gericht zu sitzen, der eben darum in einem specifischen Sinn als Gerichtsstätte gilt,[9] und ohne weitere Bezeichnung bei allen an die Parteien ergehenden Ladungen unterstellt wird. Auch diesen Ort hat der Richter zu wählen, und er soll dabei auf die Würde seines Amts und auf das Herkommen die gebührende Rücksicht nehmen.[10] Niemals aber darf er ohne Zustimmung der Parteien das Gericht in einem fremden Sprengel halten;[11] in den Terminen, welche er einseitig dorthin verlegt, brauchen die Parteien nicht zu erscheinen, und wenn er nichts desto weniger auf Antrag einer erschienenen Partei gegen die ausgebliebene in contumaciam erkennt, so ist dies Erkenntniß ungültig.[12]

Daß diese Grundsätze nun auch in Deutschland Aufnahme gefunden haben, ist um so weniger zu bezweifeln, als hier von jeher ähnliche Grundsätze in Geltung gewesen waren. Zwar sollten die

---

6) S. Note 7 und 8.

7) L. 4 §. 1 D. de int. in jure (11, 1): „— Jus enim eum solum locum esse, ubi juris dicendi vel judicandi gratia consistat, vel si domi, vel itinere hoc agat. Vgl. auch c. 7 in VI. de off. jud. ord. (1, 16): „Cum episcopus in tota sua dioecesi jurisdictionem ordinariam noscatur habere, dubium non exsistit, quin in quolibet loco ipsius dioecesis non exemto per se vel per alium possit pro tribunali sedere.“

8) Diese und ähnliche Beispiele finden sich in l. 15 D. de jurejur. (12, 2), l. 12 §. 5 C. de reb. cred. (4, 1), nov. 123 c. 7, c. 8 X. de test. et att. (2, 20) und in den Stellen des §. 41 Note 2.

9) L. 11 D, de just. et jure (1, 1): „— ubicunque Praetor salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit, is locus recte jus appellatur.“ Vgl. auch l. 59 D. de jud. (5, 1): „Si locus in jubendo judicare non est comprehensus, videtur eo loco judicare jussisse, quo solet judicari sine incommodo litigantium.“

10) S. die vorige Note.

11) S. die Stellen des §. 38 Note 21. Daß die Zustimmung der Parteien diesen formalen Mangel heilt, ergibt sich aus allgemeinen Gründen.

12) Eine ähnliche Entscheidung enthält l. 5 C. quom. et qu. (7, 43).

ungebotenen Dinge alle Zeit an einem ein für alle Mal oder von Alters her bestimmten Ort gehalten werden, „an der rechten Dingstat",[13] „das ein Jeglicher wisse, wo er Rechtes warten sol, auf das der Stat Unwissenschaft Niemand schadet".[14] Allein zur Zeit der Reception der fremden Rechte waren die ungebotenen Dinge nahezu außer Uebung gekommen oder auf wenige polizeiliche Angelegenheiten beschränkt,[15] und bei den gebotenen hatte es immer vom Richter abgehangen, wo er sie halten wollte, obwohl auch auf sie das Herkommen nicht ohne Einfluß zu sein pflegte.[16]

2. Die Zeiten[17] der gerichtlichen Verhandlung waren im älteren R. R. zunächst durch den Gegensatz der dies fasti und nefasti[18] bestimmt. Diese Eintheilung bezog sich allein auf das Verfahren vor dem Magistrat und zwar speciell auf das lege agere.[19]

13) Vgl. sächs. Ldr. III. 61 §. 1, und dazu Maurer a. a. O. §. 126 in., Sohm: Die altdeutsche Reichs- u. Gerichtsverfassung I. S. 361.

14) So sagt die Gl. zum sächs. Ldr. III. 61 §. 1.

15) Vgl. Maurer a. a. O. §. 214. Beispiele von ungebotenen Dingen gibt aus dem 16. Jahrhundert Stölzel: Die Entwicklung des gelehrten Richterthums II. S. 72 fg.

16) Vgl. Maurer §. 126, Sohm a. a. O. I. S. 361, und bezüglich des Hofgerichts Franklin: Das Reichshofgericht II. S. 63 fg.

17) Tit. Dig. 2, 12 de feriis et dilationibus et diversis temporibus. Cod. Th. 2, 8, Cod. 3, 12, X. 2, 9 de feriis. — Lauterbach: Diss. de feriis, Tub. 1661. Neller: Collectio methodica s. canonum et legum praecipuarum ad libri II. Decr. tit. IX. de feriis pars I. et II. Trev. 1755 (in Opusc. a. Leuxnero edit. I. 2, Aug. Trev. 1787 nr. 16, et in Ant. Schmidt thes. jur. eccl. VI. nr. 19). Glück: Commentar III. §. 261—264. Gesterding: Ausbeute III. 3. Reitmeier: De feriis et temporibus util. Wirc. 1834. Ueber das Geschichtliche vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. I. §. 28, II. §. 80, III. §. 147, Puchta: Cursus der Inst. II. §. 158, Keller: Der röm. C. Pr. §. 3, Th. Mommsen: Die röm. Chronologie bis auf Cäsar, 2. Aufl., Beil. 2, Hartmann: Der ordo judiciorum und die judicia extraordinaria der Römer, Th. I. H. 1, Gött. 1859, Huschke: Das alte römische Jahr, Breslau 1869, Karlowa a. a. O. §. 33—38.

18) Dieser Gegensatz wird schlechthin, ohne Erwähnung der dies comitiales, aufgestellt von Liv. l. 19 in f., Florus I. 2 §. 2, Macrobius: Saturn. I. 16 §. 27. In manchen Stellen aber werden neben den dies fasti und nefasti noch die dies comitiales genannt. Diese gehörten zu den dies fasti in dem jener einfachen Eintheilung zu Grunde liegenden Sinne, waren aber solche, an denen die Verhandlung mit dem Volke (cum populo agere) gestattet war, und für die Gerichtsverhandlung nur die durch die Comitien freigelassene Zeit diente. Vgl. Varro: De lingua lat. VI. 4 §. 29, 30, Macrobius: Saturn. I. 16 §. 14 („— comitiales sunt, quibus cum populo agi licet; et fastis quidem lege agi potest, cum populo non potest, comitialibus utrumque potest"), und dazu Hartmann a. a. O. S. 10, 11, Karlowa a. a. O. S. 275 fg.

19) Dies ist unbestritten und beweist in Betreff des Formularprocesses Hartmann S. 19 fg. Vgl. auch Bethmann-Hollweg I. §. 28 Note 37, II. S. 167. Inwieweit das lege agere als Scheinproceß, als Act freiwilliger Gerichtsbarkeit unter dem Bann des dies nefastus stand (s. Note 20), ist controvers. Es handelt sich hier um die Bedeutung der in den Calendarien häufig vorkom-

Die dies nefasti, welche die Ausnahme bildeten,[20] schlossen die legis actio aus.[21] Und mit dem Verschwinden der legis actio verlor daher diese Eintheilung ihre Bedeutung.[21a] Dagegen ergriff ein anderer Gegensatz, nämlich der der dies festi und profesti, d. i. der Feiertage und Werktage,[22] die gesammte gerichtliche Thätigkeit. An den dies festi (welche, insofern sie Ruhe von den Werktagsarbeiten mit sich brachten, auch feriae genannt wurden[22a]) war der Regel nach die Proceßführung sowohl vor dem Magistrat, wie vor dem judex ausgeschlossen,[23] und nur die Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit machten davon eine Ausnahme.[24]

Wesentliche Neuerungen brachte die Einführung des Christenthums. Nachdem schon von Constantin unbeschadet der bisherigen Ferienzeiten die Feier des Sonntags geboten worden war,[25] wurde bald nachher den heidnischen Festtagen[26] und öffentlichen Spielen[27] jeder Einfluß auf die Thätigkeit der Gerichte entzogen, und auf dieser Basis folgendes System der Ferienzeiten aufgestellt.[28] Mit

---

menden Sigla NP. Vgl. darüber Mommsen a. a. O. S. 233 Note 12, S. 248 Note 42, Hartmann S. 47, Bethmann-Hollweg I. §. 28 Note 32, 37, Huschke S. 209 fg., S. 232 fg., S. 236, Karlowa S. 295 fg., S. 298.

20) Ueber die Zahl derselben s. Hartmann S. 38 fg., Lange: Römische Alterthümer 3. Aufl. I. S. 356 fg.

21) An ihnen war das Sprechen der dabei anzuwendenden Worte do, dico, addico dem Magistrat nicht gestattet, Vgl. Varro: De L.L. VI. 4 §. 29, 30; 7 §. 53, Ovid. Fasti I. 47, 51, Macrobius: Saturn. I. 16 §. 14, 30, Festus s. v. nefasti, und dazu Hartmann S. 17 fg., Karlowa S. 275, aber auch Huschke S. 208 fg., so wie hinsichtlich der eigenthümlichen legis actio per pignoris capionem Gai. IV. 29.

21a) Vgl. Hartmann S. 19 fg., Bethmann-Hollweg II. S. 167.

22) Macrob. Saturn. I. 16, §. 2, Festus: De V. S. s. v. profesti (ed. Müller p. 229), s. v. profestum (p. 253), Festi Epit. s. v. profesti (p. 228) s. v. profestum (p. 252). Ueber diese Eintheilung vgl. besonders Hartmann S. 12, 112 fg., Karlowa S. 295 fg.

22a) Festi Epit. s. v. ferias (p. 86), Macrob. Saturn. I. 16 §. 3, und dazu Hartmann S. 12 fg.

23) Cic. de leg. II. 8 §. 19 („Feriis jurgia amovento"), 12 §. 29 („Feriarum festorumque dierum ratio in liberis requietem habet litium et jurgiorum"), de divin. I. 45 §. 102, Liv. V. 13, XXXVIII. 51, Ovid. Fasti I. 73, 165 sequ., Sueton. Claudius c. 14, Gell. N. A. XVI. 10 §. 1, Isidor. de nat. rer. c. 1, l. 9 D. h. t. (2, 12), und dazu Hartmann S. 60, so wie in Betreff der Ausnahmen von der obigen Regel dens. §. 14. Vgl. auch die bei Wach zu Keller: Der röm. C. Pr. §. 3 Note 52 Angeführten.

24) Vgl. Paulus: Rec. sent. II. 25 §. 3, l. 1 C. Th. h. t. (2, 8), l. 8 C. eod. (3, 12), Theophilus ad §. 2 I. de libert. (1, 5), und dazu Hartmann S. 62.

25) L. 3 C. h. t. (3, 12). Vgl. auch Sozom. Hist. eccl. I. 8, Euseb. Vita Constant. IV. 18.

26) L. 19 C. Th. h. t. (2, 8).

27) L. 2 pr. C. Th. de spectac. (15, 5).

28) Vgl. im Allgemeinen l. 7 C. h. t. (3, 12), durch Interpolation entstanden aus l. 19 C. Th. eod. (2, 8).

Rücksicht auf den Cultus der Kirche sollen die gerichtlichen Geschäfte an den Sonntagen,[29] an den hohen Festtagen der Weihnachten, Epiphaniä, Ostern und Pfingsten, so wie in den beiden Wochen vor und nach Ostern ruhen;[30] aus weltlichen Rücksichten beim Wechsel der Jahre vom 31. December bis zum 3. Januar,[31] an den Gründungstagen von Rom und Constantinopel, an den Tagen der Geburt und des Regierungsantritts des zeitigen Kaisers, und in den von den Provincial-Statthaltern je nach der örtlichen Gewohnheit festzusetzenden[32] Zeiten der Erndte und Weinlese.[33] Auch sollen die Juden am Sabbath und an den jüdischen Festtagen nicht vor Gericht gezogen werden.[34]

Es versteht sich nun aber von selbst, daß diese Anordnungen in dem modernen Rechtsleben nicht ohne wesentliche Modificationen zur Anwendung kommen konnten. So wurde der Cyclus der von den Gerichten zu beachtenden kirchlichen Festtage („ob reverentiam Dei statuti") zunächst schon vom C. R. bedeutend erweitert,[35] und daß diese Erweiterungen in Deutschland Aufnahme fanden, beweisen die K. G. Ordnungen, welche dem R. K. Gericht die Beobachtung aller Feiertage vorschreiben, „zu Gottes und der Heiligen Ehren gebannet durch das ganze Jahr."[36] Daneben erwähnen jedoch dieselben K. G. Ordnungen, daß außerhalb des Sonntags

29) Vgl. noch l. 1, 18, 19 C. Th. h. t. (2, 8), l. 10, 13 C. Th. de exact. (11, 7) mit l. 3, 10 §. 1 C. h. t. (3, 12).

30) L. 8 C. h. t. (3, 12). Für das Criminalverfahren kam noch die 40tägige Fastenzeit hinzu. Vgl. l. 6 C. eod. mit l. 4, 5 C. Th. de quaest. (9, 35).

31) Die l. 7 C. h. t. (3, 12) nennt „Kalendarum Januariarum consuetos dies." Nähere Auskunft über diese Tage geben l. 5 D. h. t. (2, 12), l. 233 §. 1 D. de V. S. (50, 16). Vgl. Hartmann S. 154 Note 66.

32) L. 4 D. h. t. (2, 12). Die l. 2 C. eod. (3, 12), welche feste Zeiten anordnet, ist unächt. Vgl. J. Gothofredus ad l. 1 C. Th. h. t. und Savigny: Gesch. des R. R. im M. A. IV. S. 367—369.

33) Die nach l. 1 pr. §. 2, l. 2 D. h. t. (2, 12) von Marc Aurel neu regulirten (vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. §. 80 Note 32 fg.) Erndte- und Weinleseferien sollten ursprünglich nur die Landleute von gerichtlichen Geschäften befreien, wurden aber später als allgemeine Ferienzeiten behandelt, und dauerten je einen Monat. Die l. 7 C. h. t. (3, 12) bezeichnet sie als solche, „quos geminis mensibus ad requiem laboris indulgentior annus accepit, aestivos fervoribus mitigandis et autumnos fructibus decerpendis."

34) L. 13 C. de Judaeis (1, 9) vgl. mit l. 20 C. Th. eod. (16, 8), l. 26 C. Th. h. t. (2, 8), l. 8 C. Th. de exsecut. (8, 8).

35) C. 5 X. h. t. (2, 9). Von den Sonntagen allein handelt c. 1 X. eod.

36) K. G. O. von 1495 tit. 22, von 1521 tit. 26, von 1555 II. 33 §. 8, Conc. von 1613 II. 35 §. 7. Eine Fixirung der Ferienzeiten findet sich im Vis. A. von 1587 §. 2 und danach im Conc. von 1613 II. 35 §. 8, wo übrigens bemerkt wird, daß durch dieselbe den „nachmittägigen Audientzien, so bisher in obgemeldeten Ferien und Festtägen gehalten worden", kein Abbruch geschehen solle.

und anderer hohen Feste Kammerrichter und Beisitzer auch in den Ferien nicht allein im Rath referiren und Urtheil fassen, sondern auch Supplicationes annehmen, Ladung und Proceß erkennen und ausgehen lassen mögen.[37] Noch weiter gehende Beschränkungen haben in den Territorien Statt gefunden. Für die katholischen Länder ist kirchlicher Seits seit dem 17. Jahrhundert die Zahl der Festtage herabgesetzt,[38] und in den protestantischen sind schon früher unter dem Einfluß der Reformation sämmtliche niedere Feste abgeschafft worden. — Andererseits haben sich die weltlichen Feiertage des justinianeischen Rechts schon wegen ihres Zusammenhangs mit den römischen Staatseinrichtungen nicht unverkürzt behaupten können. Ganz sachgemäß hat das C. R., obwohl es mit sichtlicher Beziehung auf das R. R. der weltlichen Feiertage Erwähnung thut, doch diejenigen übergangen, welche von politischer Bedeutung sind; die Neujahrsfeier aber hat es zu kirchlichen Festen (dies s. Sylvestri und circumcisionis) umgewandelt, und nur die Feiertage, „qui gratia vindemiarum vel messium ob necessitates hominum indulgentur“, beim früheren Bestand gelassen.[39] In Uebereinstimmung hiermit scheidet denn auch die K. G. O. von 1495 tit. 22 von den wöchentlichen drei Gerichtstagen des R. K. Gerichts die Tage aus, welche Gott zu Lob oder zu Nothdurft der Menschen gebannte Feiertage sind, und die späteren K. G. Ordnungen wollen nicht bloß die festa palatii nicht gehalten wissen,[40] sondern präcisiren zugleich jene ältere Vorschrift dadurch, daß sie in die Erndtezeit fünfwöchige Ferien (die s. g. feriae magnae s. caniculares) legen, welche nach dem alten Kalender vom 8. Juli bis zum 14. Aug. incl.,[41] nach dem neuen vom 18. Juli bis zum 25. August incl.[42] dauern sollen. Diese Bestimmung über den Anfang und die Dauer der Erndteferien hat freilich, weil speciell

37) K. G. O. von 1500 tit. 25 („zu Zeiten der Vacanz und sonsten“), von 1555 II. 33 §. 10 („zu Zeiten der Vacanz oder sonst, doch außerhalb des Sonntags und anderer hohen Festen“), Conc. von 1613 II. 35 §. 10.

38) S. die Nachweisungen bei Richter: Lehrbuch des K. R. (ed. Dove) §. 252 Note 5.

39) C. 5 X. h. t. (2, 9). Gerade in der Erwähnung der Erndte- und Weinleseferien ist eine Beziehung auf das R. R. enthalten.

40) K. G. O. von 1521 tit. 26, von 1555 II. 33 §. 9, Vis. A. von 1587 §. 2 a. E., Conc. von 1613 II. 35 §. 9.

41) K. G. O. von 1521 tit. 26, von 1555 II. 33 §. 7, Vis. A. von 1587 §. 2, Conc. von 1613 II. 35. §. 6, 8. Die Bezeichnung feriae caniculares — vgl. auch J. R. A. §. 88 — erinnert an l. 7 in. C. h. t. (3, 12).

42) Vis. A. von 1713 §. 38.

auf das R. K. Gericht bezüglich, keine gemeinrechtliche Geltung, überall aber sind ähnliche Grundsätze durch die Particularrechte ausgebildet worden.

Dagegen sind die gemeinen Rechte noch immer unmittelbar maaßgebend für die rechtliche Bedeutung der Ferien. Es ist dabei zwischen Terminen und Fristen zu unterscheiden.

Ist ein Termin auf einen Feiertag angesetzt worden, so sind die Parteien nicht verpflichtet zu erscheinen;[43] die ausbleibende Partei ist nicht contumax, und wenn dennoch gegen sie wie gegen einen Contumax gehandelt und erkannt wird, so ist das Urtheil ungültig.[44] Lassen sich aber die Parteien auf die Verhandlung ein, so wird das auf dieselbe gestützte Urtheil vom R. R. als gültig,[45] vom C. R. je nach der Verschiedenheit der Ferien bald als gültig, bald als ungültig angesehen; als ungültig nämlich, wenn ein kirchlicher Festtag in Frage steht.[46] Indeß ist diese Unterscheidung für das heutige Recht ohne practische Bedeutung. Denn angenommen, die Parteien treten an dem auf einen kirchlichen Festtag angesetzten Termin in die Verhandlungen ein, so beruht die Nichtigkeit, welche das C. R. androht, auf einem rein formellen, keinem inneren, wesentlichen Mangel, insbesondere nicht auf dem Mangel des beiderseitigen Gehörs, ist mithin keine unheilbare, sondern eine heilbare Nichtigkeit. Die wegen heilbarer Nichtigkeiten Statt findende Querel aber ist nach dem J. R. A. §. 121 der Sache nach mit der Appellation identisch, und hat nur dann Effect, wenn das angefochtene Urtheil schon durch seinen Inhalt, also abgesehen von der Nichtigkeit beschwerend ist.[47] Dagegen erkennt nicht bloß das R. R.,[48] sondern mit specieller Beziehung auf kirchliche Feste auch das C. R.[49] an, daß der Richter ohne Rücksicht auf die Zustimmung der

---

43) L. 2 §. 1 D. si quis in jus voc. (2, 5). Eben so wenig brauchte der Richter an einem Ferientag Recht zu sprechen. Vgl. l. 13 §. 3 D. de recept. (4, 8).

44) L. 1 §. 1, l. 6 D. h. t. (2, 12), l. 4 C. quom. et qu. (7, 43). Denselben Satz enthält die unächte (Note 32) l. 2 C. h. t. (3, 12). Unklar ist l. 36 D. de recept. (4, 8).

45) S. die Stellen der vorigen Note.

46) C. 5 X. h. t. (2, 9).

47) S. §. 60 S. 742 fg.

48) L. 3 D. h. t. (2, 12). Vgl. auch l. 9 D. eod., l. 5, 9 C. eod. (3, 12).

49) C. 5 X. h. t. (2, 9) vgl. mit c. 1 X. eod. („— ut in eis [sc. diebus dominicis] mercatum minime fiat, neque placitum, neque aliquis ad mortem vel ad poenam judicetur, nec sacramenta, nisi pro pace vel alia necessitate, praestentur“).

Parteien an Feiertagen jeglicher Gattung gerichtliche Handlungen vornehmen dürfe, wenn Gefahr auf dem Verzuge sei („si necessitas urgeat vel pietas suadeat"). Auch soll nach C. R. durch die der irdischen Interessen wegen eingeführten Ferien das s. g. unbestimmt summarische Verfahren nicht gehindert werden,[50] was analog auf die s. g. bestimmt summarischen Processe anzuwenden ist, und aus der Natur der Sache ergibt sich, daß den Gerichten während der Ferien alle solche Geschäfte gestattet sind, welche ohne die Parteien erledigt werden können.[51]

Geringer ist der Einfluß, welchen die Ferien auf die Berechnung der **Fristen** üben. Dadurch, daß für eine processualische Handlung eine Frist läuft, ist sie an einen bestimmten Moment nicht gebunden, und deshalb rechtfertigt es sich, daß die Ferientage in die Frist eingerechnet werden.[52] Da aber ferner solche Handlungen nicht wohl in etwas Anderem bestehen können, als in der Ueberreichung einer schriftlichen Eingabe, mithin einseitige Handlungen sind, welche in Abwesenheit des Gegners vollzogen werden, und nur eine passive Mitwirkung des Gerichts erfordern, so dürfen sie auch dann nicht als ungültig angesehen werden, wenn sie an einem kirchlichen Festtage vorgenommen sein sollten, weil selbst das oben (Note 46) erwähnte Verbot des C. R. ein eigentliches Verfahren („processus"), d. h. eine terminliche Verhandlung unterstellt. Allerdings aber läßt sich fragen, ob sich die Gerichte an Feiertagen zur Annahme von schriftlichen Eingaben herbeizulassen brauchen, und diese Frage kann in der That nicht unbedingt bejaht werden. Zu bejahen ist sie für die weltlichen Feiertage, denen in dieser Beziehung nach den Reichsgesetzen die niederen Kirchenfeste gleichstehen, zu verneinen dagegen für die Sonn- und hohen Festtage.[53] Geht man von dieser Unterscheidung aus, so kann für die von den Gesetzen ohnehin nicht unterstützte[54] Behauptung, daß wenn der letzte Tag einer Frist auf einen Feiertag falle, die Frist erst am folgen-

---

50) C. 2 Clem. de V. S. (5, 11). Vgl. auch l. 2 D. h. t. (2, 12).

51) Vgl. **Heffter**: System §. 197 a. E.

52) L. 3 C. de dilat. (3, 11) [„— Feriae autem, sive repentinae, sive solennes sint, dilationum temporibus non excipiantur, sed his connumerentur"], l. 1 C. h. t. (3, 12). Zur Unterstützung kann auch l. 11 §. 6 D. ad leg. Juliam de adult. (48, 5) angeführt werden.

53) S. die Stellen der Note 37.

54) Das Gegentheil ergibt sich vielmehr aus l. 26 §. 7 D. ex qu. c. majores (4, 6).

den Tag ablaufe,[55] bei der geringen Zahl der Sonn- und hohen Festtage auch nicht einmal das practische Bedürfniß angeführt werden.[56]

Dieselben Gesichtspuncte kommen für die Insinuation richterlicher Verfügungen in Anwendung. Daß die in der Ferienzeit angenommene Insinuation vollkommen gültig sei, unterliegt keinem Zweifel. Die Annahme der Insinuation aber kann nur an Sonn- und hohen Festtagen, nicht auch in anderen Ferienzeiten verweigert werden.[57]

Von der Form der processualischen Handlungen.*

§. 67.

Oertlicher und zeitlicher Beziehungen sind die processualischen Handlungen nur dadurch fähig, daß sie in die Sinnenwelt heraus-

55) Dies ist die Meinung von Glück: Commentar III. S. 374 und Bayer: Vorträge S. 480.

56) Hiermit stimmt überein Gesterding a. a. O. (Note 17) III. 3 §. 11. Anders verhält sich die Sache freilich, wenn die in Frage stehende Handlung nicht innerhalb einer bestimmten Frist, sondern am letzten Tage derselben, also in einem Termin soll vorgenommen werden. Dies kam beim R. K. Gericht vor, welches seine Ladungen auf einen nach dem Zeitpunct der Insinuation zu berechnenden Tag stellte. Hier war es möglich, daß der betreffende Tag ein Feiertag war, und deshalb wurde gleich in der Ladung ausgedrückt, daß wenn dieser Fall eintrete, der Geladene am nächsten Gerichtstage zu erscheinen habe. Vgl. R. A. von 1570 §. 81, Dub. cam. von 1583 §. 6, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 12 §. 6 und dazu Gaill: Obs. I. 53 nr. 2 (wo sich auch Nachweisungen über die italienische Doctrin finden), J. H. Boehmer: J. E. P. II. 9 §. 18, Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 2 §. 18, Pütter: N. E. §. 72 sub 5, Danz: Grundsätze des Reichsgerichts-Pr. §. 195.

57) Die Ladung an Sonntagen wird in l. 11 §. 1 C. h. t. (3, 12) verb. „nulla quemquam urgeat admonitio" ausdrücklich verboten. Im Uebrigen vgl. die Stellen der Note 37 und dazu Danz: Grundsätze §. 114 unter II. Andere Absichten haben Gesterding a. a. O. III. 3 §. 8 und Müchel: Das Verfahren bis zur L. C. im ordentl. can. C. Pr., Leipz. 1870, S. 52 zusammengestellt.

*) Vgl. besonders Mittermaier: Der gemeine deutsche bürgerliche Proceß, Heft 1, Bonn 1820 §. 14, Feuerbach: Beiträge über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, Giessen 1821, W. H. Puchta im Archiv für civ. Pr. XVII. 13, — und aus der umfangreichen durch die Hinneigung der neueren Proceßgesetzgebung zum mündlichen Verfahren hervorgerufenen Literatur Bar: Recht und Beweis im Civilproceß, Leipz. 1867, Menger: System des österreichischen Civilproceßrechts I. S. 387 (wo sich in Note 1 Literaturnachweise finden), Canstein: Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses, Wien 1877 S. 72 fg. Vom R. R. handelt Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. I. 51, II. §. 82, 108 nr. 3, III. §. 148, 153 init., vom älteren deutschen Recht Maurer: Gesch. des altgermanischen und namentlich altbairischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens, Heidelb. 1824, Freiberg: Ueber das altdeutsche öffentliche Gerichtsverfahren, Landsh. 1824, Steiner: Ueber das altteutsche und insbesondere altbairische Gerichtswesen, Aschaffenb. 1824, Buchner: Das öffentliche Gerichtsverfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtsvorfallenheiten nach altdeutscher, vorzüglich altbairischer Rechtspflege, Erl. 1825, Kühns: Gesch. der G. V. und des Pr. in der Mark Brandenburg, II. Berl. 1867, S. 452 fg., Franklin: Das Reichshofge-

treten, d. i. vermöge ihrer Form. Die Form aber als ein Aeußeres wird durch ein Inneres bestimmt, und wollen wir daher die Form der Proceßhandlungen kennen lernen, so müssen wir von ihrem Wesen ausgehen. Welche Proceßhandlungen nun überhaupt denkbar und möglich sind, ist ohne Rücksicht auf die Form in den beiden ersten Abtheilungen dieses Systems aus dem Begriff eines Rechtsstreits in abstracto nachgewiesen worden; außerhalb der dort aufgezeigten Möglichkeiten können die in einem concreten Rechtsstreit in Anwendung kommenden Handlungen nicht liegen. Und danach darf angenommen werden, daß wenn man von dem verhältnißmäßig seltenen Fall der unmittelbaren Einwirkung des Richters auf das Vermögen und die Person der Parteien absieht, wie sie zur Sicherstellung eines erwarteten oder zur Vollstreckung eines ergangenen Urtheils nöthig werden kann, die processualischen Handlungen sämmtlich in Willensäußerungen bestehen, welche von der einen oder anderen Partei an den Richter, oder vom Richter an die eine oder andere Partei (gemeinrechtlich jedoch niemals direct von der einen an die andere Partei [1]) gerichtet werden. Als solche sind also namentlich die Behauptung von Thatsachen, das Eingeständniß und Leugnen jenseitiger Behauptungen, die Production von Beweismitteln u. s. w. anzusehen, weil alle diese Vorgänge juristische Erfolge bezwecken und zu erreichen geeignet sind. Nimmt man dazu, daß Parteien und Richter häufig veranlaßt sind, mit ihren Willensäußerungen Rechtsdeductionen zu verbinden, durch welche sie darzulegen suchen, daß das von ihnen Gewollte dem Rechte gemäß sei, so wird der zwischen Parteien und Richter Statt findende Verkehr am passendsten ein Gedankenaustausch genannt werden.

Jeder Gedankenaustausch nun erfordert eine Vermittelung.

---

richt im M. A. II. Weimar, S. 195 fg., Siegel: Gesch. des deutschen G. V., I. Gießen 1857, Ders.: Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang, Wien 1866, Brunner, Wort und Form im altfranzösischen Proceß, Wien 1868, Ders.: Entstehung der Schwurgerichte, Berlin 1872, Ders.: Das Gerichtszeugniß und die fränkische Königsurkunde (in Festgaben für Heffter), Berlin 1873.

1) Ein solcher Verkehr, welcher im älteren römischen Proceß bei Einleitung des Verfahrens in Form der in jus vocatio — vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. I. §. 32 —, und im altdeutschen Proceß bei Ladungen verschiedener Art als mannitio vorkam — vgl. Sohm: Der Pr. der lex Sal. §. 16 —, ist nach dem Vorbilde des französischen Processes in dem der mündlichen Hauptverhandlung vorangehenden Schriftenwechsel der Anwälte von neueren Pr. O. und der Reichs-C. Pr. O. zugelassen worden. Vgl. Mittermaier a. a. O. I. §. 14 unter II. D. und die eingehenden Zusammenstellungen bei Harrasowsky: Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nach dem gegenwärtigen Stande der Civilproceßgesetzgebung, Berlin 1875.

Das, was man meint und will, theilt man Anderen durch äußere Zeichen mit, und wie im täglichen Leben so bedient man sich auch im gerichtlichen Verfahren dazu der mündlichen Rede und der Schrift, für den Ausdruck des Willens auch wohl concludenter Handlungen, und insbesondere des Schweigens.[2] Diese Zeichen bilden somit die natürliche Form der Proceßhandlungen.

Mündlicher und schriftlicher Ausdruck aber haben insofern verschiedene Voraussetzungen, als jener nur möglich ist, wenn der Redende und der Hörende in unmittelbaren Verkehr treten, dieser dagegen sich auch an einen Abwesenden richten kann, und der Sache nach sich nur an einen solchen zu richten pflegt. Zum Zweck der mündlichen Verhandlung müssen demnach die Parteien oder deren Vertreter gleichzeitig vor Gericht erscheinen, während sich die schriftliche Verhandlung brieflich, d. h. in der Art vollzieht, daß die Parteivorträge dem Gericht, und die richterlichen Verfügungen den Parteien in schriftlicher Form übersandt werden. Wenn daher technisch von mündlichem oder schriftlichem Verfahren geredet wird, so ist immer an diese Verschiedenheit mit zu denken.[3]

Die Anwendung der einen oder anderen Art des Verfahrens hängt indeß weder vom Belieben der Parteien, noch vom Ermessen des Richters ab. Vielmehr haben sich particularrechtlich darüber bestimmte, die Parteien und den Richter bindende Regeln festgestellt. Für gewisse Sachen ist das mündliche, für andere das schriftliche Verfahren vorgeschrieben, und nur insoweit steht die Grenze zwischen beiden nicht ganz fest, als im mündlichen Verfahren die schriftliche, und im schriftlichen die mündliche Verhandlung nicht ganz entbehrt werden kann. Wie sich aber beide zu einander verhalten, wie namentlich das schriftliche Verfahren sich aus dem mündlichen entwickelt hat, wird die folgende Darstellung ergeben, die mit Rücksicht darauf, daß die richterliche Thätigkeit durch die Partei-Anträge bedingt ist, zuerst zeigen soll, in welcher Form die Parteien zu dem Richter reden, um sodann von der Form der richterlichen Verfügungen zu handeln.

2) Vgl. §. 14 Note 46, §. 53 Note 9, §. 54 Note 19—22.

3) S. Mittermaier a. a. O. I. §. 14 init. Auf die im Text berührte Verschiedenheit ist in neuerer Zeit vielfach das entscheidende Gewicht gelegt worden, indem der Gegensatz des mündlichen und des schriftlichen Verfahrens dahin zugespitzt wird, daß die richterliche Wahrnehmung im mündlichen eine unmittelbare, im schriftlichen dagegen eine durch die Acten vermittelte sei. Eine zur absoluten Unmittelbarkeit der richterlichen Wahrnehmung gesteigerte Mündlichkeit des Verfahrens besteht jedoch nirgends, und ist überhaupt nur in den elementarsten Verhältnissen und Procedurformen durchführbar.

1. Nach dem römischen,[4] canonischen[5] und älteren deutschen[6] Recht erstatteten die Parteien ihre Vorträge mündlich, und das, was von der einen Partei so vorgetragen wurde, war eben so wohl für die Kenntnißnahme der Gegenpartei, wie für die des Richters bestimmt. Nachdem aber das C. R. die demnächst auch von den weltlichen Gerichten recipirte Anordnung getroffen hatte, daß alles mündlich Vorgetragene in glaubwürdiger Weise aufgezeichnet werden solle,[7] mußten die Parteien, je größeres Gewicht sie darauf legten, daß das ihnen relevant Scheinende genau zu den Acten komme, um so mehr sich eines langsamen Vorsprechens befleißigen,[8] und unterstellt man, daß sie der Sicherheit wegen das Vorzutragende zuvor aufgeschrieben hatten, so diente es offenbar zu ihrer eigenen Beruhigung und zudem zur Abkürzung der Verhandlungen, wenn sie ihr Concept vorlasen, und es dann statt einer gleichlautenden Registratur den Acten als Anlage einverleibten.[9] Selbst

---

4) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. (Note *).

5) Einen allgemeinen indirecten Beweis dafür liefert das c. 11 X. de prob. (2, 19), welches die Aufzeichnung alles vor Gericht Verhandlten vorschreibt. Wären die Vorträge der Parteien schriftlich eingereicht worden, so wäre eine solche Vorschrift nicht nothwendig, oder jedenfalls in anderer Form zu ertheilen gewesen. Directe Zeugnisse liegen zahlreich in den durch alle Decretalen-Sammlungen hindurch vorkommenden Berichten über Statt gehabte Gerichtsverhandlungen. Vgl. auch Durantis: Spec. jud. I. 4 de advocato §. 4—9. Von den ausnahmsweise vorgeschriebenen schriftlichen Handlungen wird später die Rede sein.

6) Ausführliche Nachweisungen geben Maurer a. a. O. §. 24, 25, 72, 141—143, Siegel: Die Gefahr, Brunner: Wort und Form.

7) C. 11 X. de prob. (2, 19) und dazu §. 36 Note 59.

8) Nach der Landesordnung des Herzogs Georg von Baiern a. 1491 (bei Krenner: Bairische Landtagsverhandlungen in den Jahren 1419—1513, München 1803—1805, XII. S. 338) soll der Richter die Parteien zum langsamen Reden anhalten, verb. „— und solch beider Parteien Fürbringen soll durch den geschworenen Gerichtsschreiber in Gericht nach längs aufgeschrieben werden, dieweil die Redner oder Fürsprecher ihre Rede thun, darob du und der Richter auch sein sollet, daß die Redner und Fürsprecher desto langsamer und lauter und nichts Ueberflüssiges, das zu der Sache nicht dient, reden." Vgl. Maurer a. a. O. §. 217 Note 39.

9) Es ist nicht unwahrscheinlich, daß solche schriftliche Vorträge schon in einigen späteren Decretalen erwähnt werden, da in c. 2 in VI. de test. (2, 10) von „articulos producere" und in c. 2 Clem. de V. S. (5, 11) von positiones et articulos dare" die Rede ist. Vgl. dagegen c. 6 X. de jur. calumniae (2, 7), c. 11 X. de prob. (2, 19). Gewiß aber wurde im Lauf des 13. sec. die schriftliche Uebergabe gewisser Vorträge ganz gewöhnlich. Während noch Tancredus: Ordo jud. III. 3 §. 2 und Gratia: De ord. judic. II. 3 §. 7 die Positionen nur in protocollarischer Aufzeichnung kennen, beschreibt Gratia l. c. II. 5 die Artikel schon als einen schriftlichen Vortrag („— hoc modo scribat in aliqua cedula"), und Durantis, der in seinem Spec. jud. I. 4 de teste §. 3 nr. 2 der protocollarischen Aufnahme der Beweisartikel ausdrückliche Erwähnung thut („Iudex ergo de officio suo faciet hoc in scriptis per nota-

das Vorlesen des Concepts aber war nur da nöthig, wo die Gegenpartei nach Lage der Sache zu einer Antwort veranlaßt, und dieselbe zu geben sofort bereit war. Abgesehen von diesem Fall genügte es, daß sie um Abschrift und um Anberaumung eines neuen Termins bat. Auch konnte sie jedenfalls das zu den Acten gegebene Concept selbst lesen, und so kam es, daß wenn überhaupt ein schriftlicher Vortrag statt eines mündlichen (recessus scriptus loco oralis) erstattet wurde, der wirklich mündliche Vortrag sich auf eine kurze, die Uebergabe des schriftlichen erläuternde Bemerkung beschränkte.[10]

Dieses Verfahren, welches den Namen eines mündlichen immerhin deshalb verdient, weil es mündliche Vorträge nicht bloß zuläßt, sondern sogar als Regel betrachtet, ist noch heut zu Tage das in den unteren Gerichten übliche. Während es aber früherhin durch alle Instanzen verbreitet,[11] und von der K. G. O. von 1495

---

rium causae redigi et sic parti copiam porrigi, — — quam scripturam in curia articulum appellamus"), spricht sich anderwärts dahin aus, daß positiones, articuli und interrogatoria schriftlich zu übergeben seien. Vgl. Dur. l. c. I. 4 de teste §. 5 nr. 1, 3, §. 7 nr. 1, II. 2 de posit. §. 5 nr. 12. Vgl. auch über die Verhandlung in Schriftsätzen Wach: Der Arrestproceß I. S. 194 Note 65.

10) Diese Verbindung schriftlicher Vorträge mit dem mündlichen Verfahren tritt vollendet auf allen Stufen des Verfahrens bei Joan. Urbach: Proc. judic. (ed. Muther) auf. Als ein Beispiel statt vieler sei hier aus dem tit. De reprobatione testium et dictorum suorum die Anweisung angeführt, welche dem tabellio rücksichtlich der Abfassung des Protocolls für den Fall gegeben ist, daß Einreden gegen die Person und die Aussagen der Zeugen vorgebracht werden. Es heißt da (l. c. p. 217 fg.): „Et exceptiones contra personas et dicta testium tabellio registrabit in actis hoc modo. Anno tali, die tali comparentibus coram tali judice, tali actore vel tali ejus procuratore ex una et tali reo vel tali ejus procuratore parte ex altera, praedictus reus vel procurator ejus exceptiones contra personas et dicta testium actoris exhibuit infra scriptas. Ex adverso ipse actor vel ejus procurator copiam ipsarum per judicem sibi decerni et fieri ac terminum competentem ad respondendum seu replicandum contra eas si sibi competierit assignari postulavit. Praefatus dominus judex copiam petitam actori dandam decrevit, et diem talem ad dicendum contra exceptiones praedictas sibi pro termino praefixit. Actum etc. Vel sic breviter scribit tabellio in fine exceptionum. Istis exceptionibus per talem exhibitis anno tali die tali in praesentia talis actoris vel sui procuratoris dicetur seu replicabitur contra eas die tali etc." Geringen Aufschluß geben die Acten eines im J. 1311 und 1312 vor einem päpstlichen Delegaten in Halberstadt geführten Processes, welche von Schaumann: Die Acten des ersten schriftlichen Processes in Deutschland nach römisch-canonischen Formen, Jena 1847, herausgegeben worden sind. Ueber das „Aufkommen des schriftlichen Processes" vgl. auch Stölzel. Die Entwicklung des gelehrten Richterthums I. S. 175 fg.

11) Ausführliche Nachweisungen darüber finden sich bei Maurer a. a. O. §. 216—220 und bezüglich des Verfahrens im königlichen Kammergericht vor dem Jahre 1495 Franklin: Das königl. Kammergericht vor dem Jahre 1495,

namentlich auch für das R. K. Gericht angenommen war,[12] hat es sich bei den oberen Gerichten sehr bald zu einem entschieden schriftlichen ausgebildet. Zunächst wurde schon die K. G. O. von 1507 durch den von der Aufzeichnung der mündlichen Vorträge unzertrennlichen Aufenthalt veranlaßt, aus der Gestattung schriftlicher Recesse ein Gebot zu machen. Die Procuratoren sollten nunmehr „alle ihre Materien und Handlungen in Schriften fürwenden, und nicht anderst denn also und dergleichen Meinung reden: In Sachen zwischen A und B übergebe ich diese Schrift, nemblich Libell, Exceptiones, Artikel, Replicas, Duplicas etc.“[13] Eben so sollte der Widertheil „nichts reden, denn mit kurzen Worten begehren copias.“ Dadurch war denn die Schriftlichkeit für die Vorträge der Parteien bis auf wenige Ausnahmen[14] zur Regel erhoben. Nichts desto weniger blieb das Verfahren mit seinen Terminen und Audienzen auch jetzt noch auf die Voraussetzung der Mündlichkeit gebaut, und konnte daher der juristischen Fiction nach immer noch ein mündliches genannt werden. Es war gleichsam der letzte Ausläufer der Mündlichkeit, und bildete den Uebergang zu einem rein schriftlichen Verfahren. Dieses selbst hatte sein Vorbild in einigen Erscheinungen, welche in der eben gegebenen Darstellung des mündlichen Verfahrens vorläufig übergangen worden sind.

Berlin 1871, S. 10 fg. Vgl. auch K. G. O. von 1521 tit. 24 §. 3, von 1555 II. 31 §. 2, Conc. von 1613 II. 34 §. 1.

12) K. G. O. von 1495 tit. 10: „Item zu förderlicher Fertigung, auch Gewißheit der Partheien Fürbringens, und Irrungen, die zu Zeiten sich erzeigt haben, zu verhüten, soll hinfür einem Jeden zugelassen werden, sein Sachen die betreffen wenig oder viel, inn Schriften fürzubringen. Und welche Parthei das wird begehren, das soll die andere Parthei nicht zu verhindern haben. Doch daß dem Widertheil dessen Abschrift und Schub werde gegeben, wie die Nothdurfft das erfordern wird.“ Vgl. das hübsche Beispiel eines solchen Verfahrens in dem von Stölzel in der Zeitschr. für R. G. XII. S. 257 fg. veröffentlichten Reichskammergerichtsproceß von 1492—1497.

13) Regensb. K. G. O. von 1507 tit. 5, K. G. O. von 1523 tit. 7 §. 4, von 1555 I. 11 §. 5, 23 §. 4, 5, III. 40 §. 1, Conc. von 1613 I. 17 §. 5, 35 §. 9, 10, III. 49 pr., J. R. A. §. 102.

14) Außer den im Text bezeichneten Ausnahmen werden von der K. G. O. von 1555 I. 23 §. 4 und dem Conc. von 1613 I. 35 §. 9 die Litis Contestation und der Beschluß der Sache — vgl. auch K. G. O. von 1555 III. 13 §. 4, 23 §. 5, 32 §. 2, 3, Conc. von 1613 III. 15 §. 4, 26 pr. sequ., 38 §. 4—, so wie von der K. G. O. von 1555 III. 40 §. 1 in f. und dem Conc. von 1613 III. 49 §. 1 noch einige andere kurze Vorträge hervorgehoben, verb. „Doch soll hiemit niemands abgeschnitten sein, wieder Gewalt (Legitimation), wo es mit kurtzen Worten beschehen kann, zu reden, oder daß die Partheien vertragen oder gestorben sind, mit der Kürtze vor denen Deputaten anzuzeigen, sigilla zu besichtigen, zu recognosciren und sonst dergleichen zu handeln und fürzubringen.“ Nach der K. G. O. von 1555 I. 23 § 6 und dem Conc. von 1613 I. 35 §. 14 sollen dergleichen Vorträge den Protonotarien in die Feder dictirt werden.

Die Einleitung eines neuen Verfahrens nämlich, so wie die Wiederaufnahme und Fortführung eines ins Stocken gerathenen kann von der dabei interessirten Partei nicht in einem Termin und in Gegenwart der anderen Partei, sondern immer nur außerterminlich beantragt werden. Denn der zu stellende Antrag soll gerade die Anberaumung eines Termins und die Ladung des Gegners vorbereiten. Dagegen eignet sich für denselben eben sowohl die mündliche Erklärung wie die schriftliche Eingabe. Jedoch hat diese vor jener den Vorzug, daß sie die bequemere Form ist, und die handelnde Partei nicht nöthigt, persönlich vor Gericht aufzutreten. Schon vom R. R. ist sie daher für die Klage vorgeschrieben (libellus conventionis),[15] ferner für die Interposition der Appellation (libellus appellatorius), falls dieselbe nicht sofort mündlich bei Publication des Urtheils erfolgt ist,[16] und für die Rechtfertigung und Anfechtung der more consultationis an den Kaiser gehenden Appellation (libelli refutatorii).[17] Die letztgenannte Bestimmung ist freilich nicht mehr practisch; die beiden anderen aber bestehen in fortwährender Geltung,[18] und die schriftliche Interposition ist widerruflichen Interlocuten gegenüber nach C. R. und den Reichsgesetzen sogar die allein zulässige Form.[19] Zudem hat in consequenter Nachahmung des Verfahrens erster Instanz der Proceß des R. K. Gerichts die Libellsform auch auf die der Introduction der Appellation vorausgehende supplicatio pro processibus[20] und die nach dem J. R. A. damit zu verbindende Appellationsklage[21] angewandt.

An diese vereinzelten Fälle schriftlicher Eingaben nun schließt sich die Durchbildung des rein schriftlichen Verfahrens an. Im

15) §. 24 I. de act. (4, 6), l. 3 C. de ann. exc. (7, 40), nov. 53 c. 3, nov. 112 c. 2, und dazu Bethmann-Hollweg a. a. O. III. §. 152.

16) L. 1 §. 4, l. 3 pr. §. 1—3, l. 13 pr. D. de app. (49, 1), l. 14 C. eod, (7, 62), und dazu §. 55 Note 2.

17) L. 39 §. 1 C. de app. (7, 62), l. 5 §. 2 C. de temp. et repar. (7, 63) und dazu Bethmann-Hollweg III. S. 295.

18) Ueber den Klaglibell vgl. c. 1—3 X. de lib. obl. (2, 3), c. 2 Clem. de V. S. (5, 11), K. G. O. von 1555 III. 12 §. 8, Conc. von 1613 III. 13 pr., J. R. A. § 34, — und über die schriftliche Interposition der Appellation c. 9 in VI. de app. (2, 15), K. G. O. von 1555 II. 29 §. 3, Conc. von 1613 II. 32 §. 2, und dazu §. 55 Note 2, 3.

19) S. §. 55 Note 4, 5.

20) Vgl. darüber G. B. vom 27. Nov. 1539 §. 1 (und 2), K. G. O. von 1555 I. 22 §. 1 (und 2), Mem. Zettul Adv. und Procur. von 1561 §. 4, Conc. der K. G. O. von 1613 I. 34 §. 7, 8, und dazu §. 56 Note 30.

21) J. R. A. §. 64, 65, und dazu §. 56 dieses Systems Note 36.

reichskammergerichtlichen Proceß hatte die eben erwähnte Vorschrift, nach welcher die Parteien alle ihre Handlungen in Schriften fürwenden sollten, mit Nothwendigkeit dahin geführt, daß jeder Parteihandlung ein besonderer Termin vorbehalten war; hatte die eine Partei ihren schriftlichen Receß übergeben, so bat die andere lediglich um Abschrift und Gestattung eines neuen Termins. Diese Thätigkeit der Gegenpartei aber war offenbar eine aus der Fiction der mündlichen Verhandlung entspringende leere Formalität. Ließ sich der Richter durch die Ueberreichung des Klaglibells zur Mittheilung einer Abschrift an den Verklagten und zur Ansetzung eines Termins bestimmen, so war kaum abzusehen, warum die späteren Parteihandlungen denselben Effect nicht gleichfalls haben sollten; ein neuer Termin mußte ja bewilligt werden, und für die Gewährung einer Abschrift war schon zum Voraus dadurch gesorgt, daß nach Anordnung der Reichsgesetze den Parteien die Pflicht oblag, ihren Recessen ein zur Mittheilung an den Gegner bestimmtes Duplum beizufügen.[22] Das Absehen von jener Bitte des Gegners aber versprach in der That eine große Vereinfachung des Verfahrens. Die nächste Folge war, daß der Gegner nicht mehr anwesend zu sein brauchte, oder anders ausgedrückt, daß er seiner Abwesenheit ungeachtet den Ungehorsam der zum Handeln verpflichteten Partei anschuldigen durfte. Nicht minder stellte sich das Erscheinen des Richters als überflüssig dar; mit der Annahme der Recesse konnte der Actuarius betraut werden, und die bei der Uebergabe zu beobachtenden Förmlichkeiten, die Anrede des Gerichts, die Bezeichnung der Rechtssache, auf welche sich die vorzunehmende Handlung beziehen sollte, der Name der handelnden Partei selbst u. s. w., ließen sich durch Umwandlung der schriftlichen Recesse in schriftliche Eingaben ersetzen. Mit dem Hinwegfallen der feierlichen Gerichtssitzungen aber verloren auch die Termine als die zur Ueberreichung der Recesse bestimmten Tage ihre Bedeutung; es stand Nichts im Wege, den Termin mit der ihm voraufgehenden Zeit zu einer Frist zusammenzuziehen, und die Exhibition der erforderten Eingabe während des ganzen Laufs dieser Frist zu gestatten.[23]

Das R. K. Gericht hat nun freilich diese Consequenzen nicht

22) K. G. O. von 1555 III. 40 §. 1, Conc. von 1613 III. 49 pr.

23) Vgl. über das Vorstehende Albrecht: Die Ausbildung des Eventualprincips im gemeinen C. Pr. S. 18 fg.

gezogen; es blieb bis zu seiner Auflösung dem Verfahren mit schriftlichen Recessen und Allem, was daran hing, treu. In der R. H. R. Ordnung von 1654[24] dagegen und in den späteren Proceßordnungen der höheren Territorialgerichte drang die Verwandlung der schriftlichen Recesse in schriftliche Eingaben und der Termine in Fristen, also das, was man heut zu Tage den Schriftenwechsel nennt, vollständig durch. Danach werden alle Parteihandlungen in processualischer Beziehung wie die Klage behandelt; sie werden in Form schriftlicher Eingaben, d. h. mit Anrede, Rubrum und Unterschrift versehen, bei Gericht übergeben, und vom Richter in Abschrift oder in dem mit überreichten duplo[25] ex officio dem Gegner mitgetheilt, bald unter Anfügung einer durch den Inhalt der Eingabe veranlaßten Auflage, für welche dann jedes Mal eine Frist gesteckt wird, bald bloß zur Nachricht. Termine, zur mündlichen Verhandlung bestimmt, kommen in diesem rein schriftlichen Verfahren nur ausnahmsweise vor, nur da nämlich, wo das persönliche Auftreten der Parteien oder dritter Personen unvermeidlich oder doch wünschenswerth ist, wie z. B. zum Zweck der Production und Vernehmung der Zeugen, der Aufnahme eines Augenscheins, der Eidesableistung, des Versuchs der Güte,[26] während wenn dem Probaten eine producirte Urkunde vorzulegen ist, damit er sich über die Aechtheit und Unverfälschtheit derselben erkläre, die Ansetzung eines Termins dadurch umgangen zu werden pflegt, daß ihm der Richter gestattet, die Urkunde im Gerichtslocal in Gegenwart des Actuarius einzusehen. Der principielle Character des schriftlichen Verfahrens aber wird durch jene Ausnahmen so wenig alterirt, wie der Character des mündlichen Verfahrens durch die darin vorkommenden vereinzelten schriftlichen Eingaben.

So bestehen also heut zu Tage zwei Arten des Verfahrens neben einander, in den unteren Gerichten ein mündliches, welches indeß schriftliche Recesse statt der mündlichen zuläßt, in den höheren Gerichten ein rein schriftliches Verfahren. Die in neuester Zeit gemachten legislatorischen Versuche, mit dem schriftlichen Verfahren wieder mündliche Verhandlungen in Verbindung zu setzen, und denselben nicht etwa nur Rechtsausführungen, sondern auch die Er-

---

24) R. H. R. O. von 1654 tit. 3 §. 1—4, 16, 22—24, tit. 6. §. 10.

25) Die Einreichung eines duplum ist in der R. H. R. O. tit. 3 §. 2, tit. 6 §. 10 vorgeschrieben.

26) R. H. R. O. von 1654 tit. 3 §. 20.

gänzung und Berichtigung des factischen Materials zuzuweisen, oder sie wohl gar für die Vorträge der Parteien ausschließlich maßgebend zu machen, sind vielleicht weniger aus der Erkenntniß wirklicher Mängel, als aus doctrinärem Vorurtheil hervorgegangen, und machen jedenfalls die Processe weder einfacher noch wohlfeiler. Ueberhaupt ist die Schriftlichkeit nichts Willkührliches; sie hat ihren Grund in dem Bedürfniß einer zuverlässigen Fixirung der Verhandlungen und in der Schwierigkeit, mündliche Vorträge so schnell zu Papier zu bringen, daß der Gang der Verhandlung nicht gestört und aufgehalten wird. Sobald man gelernt hat, diese Schwierigkeit zu überwinden, kann man zu einem rein mündlichen Verfahren zurückkehren, obschon auch dann eine Abkürzung der Processe kaum zu erwarten steht, falls nicht gleichzeitig die Parteien genöthigt werden, persönlich vor Gericht zu erscheinen und ihre Vertheidigung selbst zu führen. Denn einem Vertreter kann nicht wohl verwehrt sein, jedem neuen Angriff gegenüber den Mangel an Instruction vorzuschützen, um dadurch Dilation und einen weiteren Termin zu erhalten.

2. Auch die richterlichen Verfügungen sind nicht so wohl bloße Willensentschließungen, als Willensäußerungen. Sie haben keine Existenz an sich; für die Parteien bestimmt, werden sie, wenn schon zuvor in die Acten geschrieben, doch erst durch die Mittheilung an die Parteien existent und bindend. Die Form dieser Mittheilung aber muß, wie sich von selbst versteht, der Regel nach dieselbe sein, welche für die Parteihandlungen maaßgebend ist. Sie war und ist daher im mündlichen Verfahren die mündliche, und wird als solche Publication genannt.

Für die Publication des Endurtheils schreiben die Rechtsquellen einige Solennitäten vor, an deren Versäumung sie die Nichtigkeit des Urtheils knüpfen. Nach römischem und canonischem Recht soll das Endurtheil in feierlicher Gerichtssitzung[27] aus einem schriftlich formulirten Entwurf[28] (libellus, periculum[29]) vom Richter selbst, nicht durch einen Anderen,[30] und im ordentlichen Ver-

27) L. 6 C. de sent. et interl. (7, 45), c. 4 in VI. de sent. et re jud. (2, 14).

28) L. 2, 3 C. de sententiis ex periculo recitandis (7, 44), nov. 82 c. 5, c. 4, 5 in VI. de sent. et re jud. (2, 14), c. 2 Clem. de V. S. (5, 11).

29) Ueber diesen Ausdruck vgl. Cujacius: Obs. V. 25.

30) L. 2 C. de sent. ex peric. recit. (7, 44), c. 5 in VI. de sent. et re jud. (2, 14). S. jedoch c. 4 in VI. eod.

fahren insbesondere, wie das C. R. im Anschluß an das alt-deutsche Recht[31] verlangt, im Sitzen, nicht im Stehen[32] vorgelesen[33] werden. Die angedrohte Nichtigkeit jedoch ist nach der modernen Auffassung als eine heilbare Nichtigkeit zu betrachten, wie dadurch bestätigt wird, daß dieselben Rechtsquellen, welche sie androhen, ausnahmsweise von jenen Solennitäten absehen zu wollen erklären. Judices illustres[34] und Bischöffe[35] dürfen ihre Urtheile durch einen Anderen vorlesen lassen; in dem außerordentlichen Verfahren der Clem. Saepe ist auch das stehend gesprochene Urtheil gültig,[36] und über unbedeutende Sachen darf selbst ohne schriftliche Aufzeichnung erkannt werden.[37] Deshalb ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur dann von Erfolg, wenn das Urtheil nicht bloß eine materielle Beschwerde enthält,[38] sondern auch gleich einem bloß materiell beschwerenden Urtheil in den Formen der Appellation angefochten wird,[39] und daraus erklärt sich, daß im heutigen Proceß die vorgeschriebenen Solennitäten überhaupt nicht mehr üblich sind. Die vorgängige Aufzeichnung der zu publicirenden Verfügung, und zwar nicht bloß des Endurtheils, ist freilich empfehlenswerth; ausreichen aber muß es auch schon, wenn die gesprochene Formel gleichzeitig und genau durch den Actuar protocollirt wird. Wesentlich besteht demnach die Publication in nichts Anderem, als in der gerichtsseitigen mündlichen Mittheilung einer Verfügung an die terminlich vor Gericht erschienenen Parteien oder deren Vertreter. Eine im Concept bereits vorliegende Verfügung kann also eben so gut vom Richter selbst, als in dessen Gegenwart und Auftrag vom Actuarius vorgelesen werden, und vollends unbedenklich ist es, daß die Richtercollegien ihre Publicationen durch einen Deputatus vollziehen lassen.[40] Die Gegenwart der Parteien oder ihrer Vertreter aber

31) Vgl. sächs. Landr. II. 12 §. 13 [„Stande sal man Ordel scelden. Sittene sal man Ordele vinden unter Koninges Banne, manlik up sime Stule"], schwäb. Landr. (ed. Gengler) c. 96, Richtst. Landr. (ed. Homeyer) c. 49 §. 1.

32) C. 5 in VI. de sent. et re jud. (2, 14).

33) Außer den Stellen der Note 28 vgl. noch l. 1 C. de sent. ex peric. rec. (7, 44).

34) L. 2 C. de sent. ex peric. rec. (7, 44).

35) C. 5 in VI. de sent. et re jud. (2, 14).

36) C. 2 Clem. de V. S. (5, 11), und dazu Briegleb: Einleitung in die Theorie der summ. Pr. S. 64 fg.

37) Nov. 17 c. 3. Vgl auch nov. 83 praef.

38) S. §. 60 Note 77.

39) S. §. 60 Note 84.

40) Vgl. §. 35 a. E. und §. 36 S. 416.

braucht nicht gerade zum Zweck der Publication gefordert zu sein; die Publication kann in demselben Termin vollzogen werden, in welchem die zu publicirende Verfügung durch die Verhandlungen der Parteien veranlaßt worden ist, und nur dann, wenn sie in diesem Termin nicht erfolgt, sondern auf einen späteren Termin ausgesetzt wird, ist zu ihrer Gültigkeit eine vorgängige Benachrichtigung der Parteien erforderlich. Steht ihr aber in dieser Beziehung ein Hinderniß nicht entgegen, so wird sie in gültiger Weise vorgenommen, wenngleich nur eine Partei erschienen ist; für die ausgebliebene gelten dann publicanda pro publicatis, indem der Ungehorsam ihre Gegenwart vertritt.[41]

Natürlich ist es den Parteien gestattet, von jeder publicirten Verfügung Abschrift nachzusuchen. Es gibt aber auch Verfügungen, welche den Parteien überhaupt nicht publicirt, sondern von vorn herein schriftlich mitgetheilt werden, und dahin gehören alle Ladungen (citationes), d. h. alle Befehle, durch welche den nicht gegenwärtigen Parteien aufgegeben wird, in einem bestimmten Termin vor Gericht zu erscheinen. Solche Befehle sind vor Allem erforderlich, wenn in Folge der Klage (und nach dem Proceß des R. K. Gerichts in Folge der supplicatio pro processibus appellatoriis[42]) ein neues Verfahren eingeleitet werden soll, dann aber auch, wenn der Richter nach geschlossener Verhandlung nicht sofort einen neuen Termin für die Publication des bevorstehenden Urtheils angesetzt hat, wenn ein Termin circumducirt und demnächst von der einen oder anderen Partei um einen neuen Termin gebeten worden ist, wenn nach dem Tode der einen Partei die andere den Proceß gegen die Erben fortsetzen will (citatio ad reassumendum processum), u. s. w. An sich könnten freilich die Ladungen auch durch mündliche Bestellung besorgt werden; die deutsche Praxis aber gibt der schriftlichen Mittheilung der

41) Ueber das Vorstehende vgl. Gaill: Obs. I. 109. Die gewöhnlich angeführten Stellen des römischen und canonischen Rechts — l. 47 pr., l. 60 D. de re jud. (42, 1), l. 7 C. quom. et quando (7, 43), c. 1 in f. X. de causa poss. et propr. (2, 12), c. 2 Clem. de sent. et re jud. (2, 11) — handeln nicht speciell von der Publication des Urtheils und der dazu erforderlichen Ladung, sondern von dem allgemeinen Grundsatz des gegenseitigen Gehörs (§. 43 Note 49). Auf die Publication des Urtheils ist in §. 60 Note 29 die l. 3 C. quom. et qu. (7, 43) bezogen worden.

42) Nach den neueren Particularrechten pflegen in der Appellationsinstanz keine Termine, sondern Fristen angeordnet, und darum auch keine Ladungen, sondern mandata ad excipiendum erlassen zu werden.

Ladungsbefehle ganz allgemein den Vorzug.[43] Wie in Fällen der gedachten Art die Thätigkeit des Richters durch schriftliche Eingaben angeregt wird, eben so soll sie auch wieder schriftliche Befehle von sich ausgehen lassen. Nicht minder können die Gerichte mit einander nur schriftlich verkehren. Der Unterrichter überweist die bei ihm anhängige Sache an den Oberrichter durch literae dimissoriae, apostoli.[44] Der Oberrichter gibt dem Unterrichter die Sistirung des Verfahrens durch literae inhibitoriales, und die Einsendung der Acten durch literae compulsoriales auf,[45] und remittirt die Sache an ihn durch literae remissoriales.[46] Eben so dienen zur Ertheilung von Commissionen rescripta, Auftragsschreiben,[47] und nimmt ein Gericht die Dienste eines coordinirten Gerichts in Anspruch, so richtet es an dasselbe literae mutui compassus, Compaßbriefe.[48] Die neuere Praxis aber ist nicht einmal in den Grenzen des absolut Nothwendigen stehen geblieben. Man hat die schriftliche Form auf die Mittheilung richterlicher Verfügungen auch da angewandt, wo sich dieselbe vor der mündlichen als die einfachere und weniger kostspielige empfiehlt, und hat insbesondere die schriftliche Eröffnung der Urtheile („in

---

43) Das R. und C. R. ergeben keinen bestimmten Vorzug für die schriftliche Form der Ladung. Vom R. R. ist sie vorgeschrieben für Personen höheren Ranges, was darauf deuten möchte, daß der executor dem Verklagten der Regel nach neben dem Klaglibell nicht auch eine schriftliche Ladung überreicht habe. Vgl. l. 17 §. 1 C. de dignit. (12, 1), l. 12 §. 2, 3, l. 14 C. de prox. sacr. scrin. (12, 19), l. 8 C. de princ agent. in reb. (12, 22), l. 4 pr. C. de castrens. (12,26), l. 3 §. 4 C. de privil. schol. (12,30), und dazu Bethmann-Hollweg III. §. 152 Note 34—39, so wie auch Wieding: Der just. Libellpr. S. 498. Im C. R. aber kommt zwar die schriftliche Ladung in mehreren Stellen vor, ihre Nothwendigkeit jedoch ergibt sich daraus nicht — vgl. z. B. c. 1 C. 4 qu.5, c. 1 C. 5 qu. 3, c. 2 X. de dilat. (2,8), c. 2 in VI. de rescr. (1, 3) —, wie denn auch Durantis II, 1 de citat. §. 4, 5 bezeugt, daß die Citation eben so wohl durch Boten — vgl. c. 6 X. de dolo et cont. (2, 15) —, wie durch Briefe bewirkt werden könne. Dagegen kannte der Proceß des R. K. Gerichts nur schriftliche Ladungen. Denn die K. G. O. von 1495 tit. 11, von 1555 III. 12 §. 5 und das Conc. von 1613 III 12 §. 7 schreiben vor: „Die Citationen und andere Gerichtsbrief, so durch das Cammergericht obgemeldeter Maßen erkennt, sollen unter unserm kaiserlichen Namen und Titul, auch kaiserlichem Insiegel ausgehen." Und von hieraus, wie es scheint, ist die schriftliche Form, abgesehen von geringfügigen Sachen, namentlich von Polizeisachen, ganz allgemein in Deutschland üblich geworden. Vgl. Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 2 §. 10, Nettelbladt: Anleitung zur Praxis §. 601, Danz: Einleitung §. 97, Glück: Commentar III. §. 224.

44) S. §. 55 Note 31, 39, 42, 50.

45) S. §. 56 Note 12—14 (vgl. mit §. 55 Note 27—29), Note 16.

46) S. §. 57 Note 7.

47) S. §. 35 Note 28—30.

48) S. §. 38 Note 28.

vim publicati") zugelassen. Statt die Parteien mittelst schriftlichen Befehls zu einem Termin zu laden, und in diesem dann das Urtheil zu publiciren, pflegt man das Urtheil den Parteien sogleich schriftlich zuzufertigen.[49]

Die schriftliche Mittheilung der richterlichen Verfügungen an die Parteien aber, welche Insinuation genannt wird, kommt immerhin im mündlichen Verfahren nur ausnahmsweise vor. Ihren eigentlichen Sitz hat sie im schriftlichen Verfahren. Da hier die Parteien nicht persönlich auftreten, so müssen sie von allen Verfügungen, sowohl von den Urtheilen als von den auf einseitigen Antrag ergehenden Decreten, schriftlich in Kenntniß gesetzt werden.

Der Richter vollzieht nun die Insinuation nicht in eigener Person, muß aber gleichwohl ihres Vollzuges gewiß sein, um auf die zu insinuirende Verfügung das weitere Verfahren, und namentlich die Verhängung der durch sie angedrohten Contumacialnachtheile mit Sicherheit gründen zu können. Es entsteht daher die Frage, welcher Vermittelung er sich bei der Insinuation bediene, und in dieser Beziehung hat sich in Deutschland ein zwiefacher Modus ausgebildet.[50]

Nach dem einen hat der Richter die Insinuation ex officio zu bewirken, und er bedient sich dazu des Gerichtsdieners, welcher zur Ausführung derartiger Aufträge um deswillen vollkommen befähigt ist, weil er im Bereiche seiner amtlichen Verwendung öffentlichen Glauben genießt.[51] Ihm also wird vom Richter die zu insinuirende Verfügung in schriftlicher Ausfertigung überliefert, und daneben der Auftrag gegeben, die durch die Verfügung und deren Insinuation verursachten Kosten vom Extrahenten, d. h. von derjenigen Partei, welche die ergangene Verfügung veranlaßt hat, zu erheben oder nöthigenfalls executivisch beizutreiben.[52] Nach vollzogener Insinuation hat er dann sofort darüber, daß, wann, wie und an wen er sie vollzogen, entweder eine vom Actuarius zu

---

49) Vgl. Heffter: System §. 204 Note 110, Bickell: Beiträge (auch abgedruckt in der Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen, I. 1) S. 58 Note 8.

50) Eine Vergleichung der beiden Modi findet sich bei Bickell a. a. O. S. 51 fg.

51) S. §. 36 Note 100—104. Beim R. K. Gericht war die Besorgung der Insinuationen einem Botenmeister übertragen, der sich zur Vollziehung derselben der Kammerboten bediente. Vgl. Tafinger: Inst. jurispr. cam. §. 248—251.

52) Vgl. Bickell a. a. O. S. 60 fg. Hat der Extrahent einen Anwalt, so ist dieser als Vertreter auch zur Berichtigung der Gebühren verpflichtet.

registrirende mündliche Relation zu erstatten, oder eine schriftliche Beglaubigung auf einer für die Acten bestimmten Copie des Insinuandum auszustellen.[53] Urtheile werden auf diese Weise immer beiden Theilen insinuirt, Decrete nur dann, wenn sie für beide Theile von Interesse sind, z. B. die Ladung zu einem Termin enthalten, die erbetenen Appellationsprocesse abschlagen; sonst gehen sie bloß der einen interessirten Partei zu, wie namentlich dem Extrahenten, wenn sie im gewöhnlichen Lauf des Processes einen Antrag zurückweisen, oder ein Gesuch um Fristerstreckung, um Apostel und dergl. bewilligen, dem Gegner, wenn sie eine Auflage für ihn enthalten, in welchem Falle jedoch dem Extrahenten unter abschriftlicher Mittheilung des Decrets von der vollzogenen Insinuation Nachricht gegeben wird.[54]

Der andere ursprünglich am R. K. Gericht,[55] dann auch am R. H. Rath[56] und in den meisten Territorialgerichten angenommene Modus faßt vorzugsweise die leichtere Erhebung der Gebühren ins Auge. Danach geht zwar die Insinuation der Urtheile ganz in der beschriebenen Weise unmittelbar vom Gericht aus. Die Decrete dagegen werden gegen Erlegung der Gebühren sämmtlich dem Extrahenten ausgeliefert (extradirt), und von diesem, wenn

53) Ueber die von den Kammerboten zu erstattenden Relationen vgl. K. G. O. von 1495 tit. 7 §. 1, von 1496 tit. 9 §. 1, V. O. von 1539 §. 1, K. G. O. von 1555 I. 35 §. 3, tit. 37 §. 7, tit. 38 §. 21, tit. 84, Conc. von 1613 I. 48 §. 2, tit. 50 §. 7, tit. 51 §. 20, tit. 84.

54) K. G. O. von 1495 tit. 3 §. 2, von 1523 tit. 2 §. 1, Vis. A. von 1533 §. 15, V. O. von 1538 §. 9, K. G. O. von 1555 I. 37 §. 12, 38 §. 5, 8, 12, 14, 15, 19, Conc. von 1613 I. 50 §. 14, 51 §. 4, 7, 11, 13, 14, 18. S. übrigens Note 57. Vgl. Glück: Commentar III. §. 234, Bickell a. a. O. Note 49) S. 56.

55) Nach den K. G. O. von 1496 tit. 9 §. 2 und von 1500 tit. 5, 30 §. 2 hat der Extrahent die Citation (Proceß), die er am R. K. Gericht ausgebracht (oder wie sich die K. G. Reform. von 1531 §. 49 ausdrückt, „aus der Canzlei gelöst") hat, dem Botenmeister zu überantworten, der sie „bestellen und vergönnen zu exequiren" soll. Dagegen verordnen die V. O. von 1539 §. 1, die K. G. O. von 1555 I. 35 §. 2 und das Conc. von 1613 I. 48 §. 1, um eingerissenen Mißbräuchen zu begegnen, „daß der Botenmeister hinfürter die Proceß, wann sie verfertigt, zu seinen Handen nehmen, — und nicht denen Procuratoribus gestatten solle, solche Proceß lang in der Canzlei liegen zu lassen, oder dieselbe hinwegzunehmen, und ihres Gefallens als eine Zeit lang geschehen (G. B. vom 27. Mai 1528) wider die Ordnung wann und durch wen sie wollen, verkündigen zu lassen." Daß man sich jedoch über die Bedeutung des Princips nicht recht klar geworden, geht aus der Bemerkung der Note 59 hervor, während das neue Princip selbst auch späterhin unwandelbar festgehalten worden ist. Vgl. G. B. vom 6. Juli 1635, vom 3. Sept. 1653 §. 7 und 14, vom 1. Oct. 1661 §. 2.

56) Vgl. darüber Hanzely: Anleitung zur neuesten R. H. R. Praxis §. 482—492, besonders §. 482, 491.

sie für den Gegner ein Interesse haben, namentlich eine Auflage oder Ladung enthalten, dem dafür angestellten Diener des Gerichts oder einem Notar[57] zum Zweck der Insinuation überliefert. Folgeweise wird wiederum die Beglaubigung der Insinuation (vom Notar in Form eines Notariatsinstruments[58]) dem Extrahenten ausgestellt,[59] der mittelst derselben die etwaige Anschuldigung des Ungehorsams belegen muß.[60]

Die gleiche Verschiedenheit wiederholt sich bei der Ladung der Zeugen und Sachverständigen. Auch werden die Requisitionen fremder Gerichte, die an die unteren Gerichte ergehenden Mandate u. s. w. nach dem einen Modus von Gerichts wegen, nach dem anderen vom Extrahenten, übrigens heut zu Tage nicht mehr

57) Am R. K. Gericht sollten sich Kläger und Appellanten ursprünglich nach freier Wahl der Kammerboten oder Notarien (seit der K. G. O. von 1496 tit. 10 §. 1 jedoch nur der beim R. K. Gericht immatriculirten) bedienen können, und gleichsam als Princip ist dieses Wahlrecht bis in die späteste Zeit festgehalten worden. Vgl. K. G. O. von 1495 tit. 3 §. 2, tit. 7 §. 3, von 1500 tit. 5, V. O. von 1539 §. 11, K. G. O. von 1555 I. 35 §. 5, Conc. von 1613 I. 48 §. 11. Schon die V. O. von 1539 §. 5 aber schärft ein, daß der Botenmeister von allen Denen, die ihre Processe nicht durch die Kammerboten exequiren lassen wollten, wie von Alters herkommen, eine unter die Kammerboten zu vertheilende Abgabe, die Concordien-Gelder, erhebe — vgl. auch K. G. O. von 1555 I. 35 §. 6, Conc. von 1613 I. 48 §. 12 —. Und vollends wird seit der Visitation von 1579 der Gebrauch der Notarien nur noch in subsidium gestattet, „da die Boten alsbald zu verreiten nicht gefaßt, oder da sonsten nothwendige Ursachen, warum den Partheien die Execution durch einen Notarien verrichten zu lassen je nöthig, angezeigt werden könnten." Es sollen dann die Procuratoren dem Kammerrichter oder dem Verwalter solches berichten, und deren Bescheid darüber erwarten. Vgl. Vis. Mem. Praes. et Ass. von 1579 §. 21, Vis. Mem. Proc. von 1579 §. 10, Conc der K. G. O. von 1613 I. 48 §. 12. Von der Art, wie sich die Notare bei der Insinuation zu verhalten haben, handeln Not. O. von 1512 tit. 2, K. G. O. von 1555 I. 39, Conc. von 1613 I. 52.

58) Vgl. Not. O. von 1512 tit. 2 §. 3, K. G. O. von 1555 I. 39 §. 3, Conc. von 1613 I. 52 §. 4.

59) S. die Stellen der Note 54. In den K. G. Ordnungen tritt nicht bestimmt hervor, ob die dem Extrahenten gegebene Bescheinigung die Hauptsache sei, was aus verschiedenen Gründen das Wahrscheinlichere ist (vgl. K. G. O. von 1496 tit. 1, von 1500 tit. 26 in f. mit K. G. O. von 1555 III. 12 §. 4 in f.), oder die an den Botenmeister erstattete Relation (Note 53), wie es nach der K. G. Reform. von 1531 §. 49 wohl den Anschein hat.

60) Schon den italienischen Juristen ist dieser Modus insofern bekannt, als sie annehmen, die Ladung könne vom Extrahenten im Auftrag des Richters gültig besorgt werden, wenn er zu seiner Legitimation Ladungsbriefe erhalten habe, und wegen des demnächst erforderlichen Beweises der Insinuation einen Notar zuziehe, der ein Insinuationsinstrument aufstelle Vgl. Durant. II. 1 de citat. §. 4 nr. 2, Bart. in gl. Litteras] ad Extrav. Henrici VII Ad reprimendum, Bald. ad l. 5 C. quom. et qu. nr. 4, Phil. de Franchis ad c. 21 X. de appell. vers. Nono quaeritur, Rob. Maranta: Aur. prax. VI. de citat. nr. 44 sequ.

durch Boten, sondern mit Benutzung der Post befördert. Beide Systeme aber gehen von demselben Begriff der Insinuation aus, und bei beiden ist es Sache des Richters, die Person des Adressaten selbst zu bezeichnen. Im Uebrigen kommt noch Folgendes in Betracht.

a. Daß die Insinuation je nach dem Inhalt der zu insinuirenden Verfügung bald nur an eine Partei, bald an beide, bald an einen Dritten zu bewirken sei, ergibt schon das eben Vorgetragene, und es bedarf kaum der weiteren Bemerkung, daß Verfügungen, welche an mehrere Streitgenossen gerichtet sind, einem jeden derselben,[61] und die für den Interventen bestimmten zugleich auch dem Intervenienten zugehen müssen.[62] Einige Modificationen jedoch werden durch die processualische Vertretung hervorgerufen. Handlungs- und dispositionsunfähige Personen sind zur Annahme der Insinuanda nicht im Stande; eine an sie geschehene Insinuation würde ungültig sein, und sie werden deshalb auch in dieser Beziehung von ihren im Antrage des Extrahenten zu benennenden gesetzlichen Repräsentanten vertreten. Dagegen kann allerdings der durch einen Procurator vertretenen Partei gültig insinuirt werden.[63] Indeß ist nicht nur der Procurator, sobald er ordnungsmäßig vor Gericht legitimirt worden ist, zur Entgegennahme der zu behändigenden Verfügungen verpflichtet,[64] sondern die Insinuation läßt sich gewöhnlich auch leichter an ihn, als an den dominus bewirken. An den höheren Gerichten müssen sich die Parteien überhaupt durch einen bei denselben immatriculirten und am Gerichtsort wohnhaften Procurator vertreten lassen,[65] und von allen Gerichten kann den außerhalb des Gerichtssprengels wohnhaften Parteien die Bestellung eines einheimischen,[66] so wie den nicht schon durch einen gemeinschaftlichen Proceßprocurator vertretenen Litis Consorten die Bestellung eines gemeinschaftlichen Insinuations-Mandatars[67] aufgegeben werden. Daß in solchen Fällen, und

---

61) K. G. O. von 1496 tit. 1, von 1500 tit. 26, von 1555 III. 12 §. 4, Conc. von 1613 III. 12 §. 4, J. R. A. §. 34 a. E. Vgl. auch §. 63 Note 99 a. E.

62) S. §. 7 Note 25.

63) S. §. 12 Note 37.

64) L. 6 pr. C. unde vi (8, 4), c. 3 X. de dolo et cont. (2, 14), c. 4 X. de eo, qui in poss. (2, 15), c. 3 Clem. de elect. (1, 3).

65) S. §. 10 Note 5.

66) S. §. 10 Note 4.

67) S. §. 63 Note 110—112.

nicht minder da, wo es zufälliger Umstände halber bequemer erscheint, der Richter seine Verfügungen an den Vertreter und nicht an den dominus adressirt, ist erklärlich. Man wird aber noch einen Schritt weiter geführt. Da es ein Recht der Parteien ist, sich vertreten zu lassen, und der dominus durch Bestellung eines Procurator erklärt, den Proceß nicht selbst führen zu wollen, so folgt, obwohl das dominium litis nicht mehr besteht, daß wenn nicht der Procurator geradezu schwerer erreichbar ist, als der dominus, oder besondere Gründe, z. B. sein nachlässiges Verhalten, eine Benachrichtigung des dominus empfehlen, die Insinuation an den Procurator gerichtet werden muß. Nicht als ob abgesehen von jenen Ausnahmen der dominus sich weigern dürfe, die an ihn adressirten Verfügungen anzunehmen und zu respectiren;[68] wohl aber ist er gegen die für ihn aus einer ungerechtfertigten Abweichung von der Regel entspringenden Nachtheile durch Fristerstreckungen und Restitutionen zu sichern. Nur versteht sich von selbst, daß die hier angeregten Fragen bloß dann in Betracht kommen, wenn der Procurator bereits zum Proceß legitimirt worden ist. Vor diesem Zeitpunct ist zwar der dominus durch das Mandat gebunden, wenn etwa der Procurator sich auf die Insinuation einlassen sollte, das Mandat gibt aber in keinem Fall, und selbst nicht im Nothfall dem Gegner einen Anspruch darauf, daß der Procurator die zu behändigende Verfügung annehme. Demnach sind diejenigen Verfügungen, welche für eine noch nicht in den Proceß eingetretene Partei bestimmt sind, z. B. die Ladung des Verklagten zum ersten Termin, die an die Erben einer verstorbenen Partei ergehende citatio ad reassumendum, jedenfalls der Partei selbst zuzufertigen.

b. Wenn die Insinuation an einen fremden Gerichtsunterthanen zu bewirken ist, so muß der Richter die von ihm ausgefertigte Verfügung entweder unmittelbar oder durch Vermittelung des Extrahenten demjenigen Richter, dessen Gerichtszwang der Adressat unterworfen ist, mit der Bitte übersenden, die Insinuation bewirken, und darüber, daß dies geschehen, eine Beglaubigung ausstellen zu lassen. Die Bedingungen, unter denen der requirirte Richter einem solchen Gesuch Folge gibt, sind früher besprochen

---

68) Nach Hanzely a. a. O. (Note 60) §. 485 war beim R. H. Rath dem Extrahenten frei gestellt, ob er die Insinuation an die Gegenpartei selbst, oder an deren Anwalt bewerkstelligen lassen wollte.

worden.[69] Sind dieselben gewahrt, so wird die Insinuation verfügt, und in gewöhnlicher Weise vollzogen.

c. Wo möglich soll die Insinuation in der Art geschehen, daß eine schriftliche Ausfertigung der zu insinuirenden Verfügung dem Adressaten zu eigenen Handen (ad manus, in faciem) übergeben wird,[70] natürlich zu angemessener Zeit und an passendem Orte.[71] Ob der Adressat die ihm überreichte Schrift annimmt oder zurückweist, und ob er die angenommene Schrift behält oder zurückgibt, ist gleichgültig.[72] Läßt er sich aber in seiner Wohnung verleugnen oder nicht antreffen, so muß die Schrift einem der Hausgenossen, insbesondere der Ehefrau, einem erwachsenen Kinde, einem Dienstboten, oder auch dem Hauswirthe[73] (nicht aber fremden und unbekannten Personen) zur weiteren Behändigung übergeben,[74] und wenn auch dies sich als unthunlich erweist, z. B. der Eintritt in das Haus unmöglich oder keine der genannten Personen zur Hand oder zur Annahme bereit sein sollte, so muß sie in Gegenwart einiger Nachbarn[75] an die Haus- oder Stubenthür (ad domum) angeschlagen werden.[76] In welcher dieser Formen die In-

---

69) S. §. 38 unter II.

70) Arg. c. 3 Clem. de elect. (1, 3), c. 1 Clem. de foro comp. (2, 2). Außerdem vgl. V. O. von 1538 §. 1, K. G. O. von 1555 I. 37 §. 12, 38 §. 16, 47 §. 4, Conc. von 1613 I. 50 §. 14, 51 §. 15, 61 §. 5, so wie die Not. O. von 1512 tit. 2 §. 1. Specielle Anwendungen der obigen Regel auf die Insinuation von Verfügungen, welche gegen Fürsten, Prälaten, Grafen, Communen u. s. w. ergangen sind, finden sich in der citirten V. O. von 1538, in der K. G. O. von 1555 I. 38 und im Conc. von 1613 I. 51.

71) Vgl. §. 66 Note 67, Glück: Commentar III. §. 232 Note 55, Spangenberg: Commentar der Hannov. U. G. O. I. S. 190, Bickell a. a. O. S. 65.

72) Anwendungen davon s. in der K. G. O. von 1555 I. 38 §. 10, 13 und im Conc. von 1613 I. 51 §. 9, 12. Vgl. auch Carpzov: Proc. jur. VII. 4 nr. 27, Bickell a. a. O. S. 64 Note 21 (wo auf ein Urtheil des O. A. Gerichts zu Cassel verwiesen wird).

73) A. M. ist Glück III. §. 231 mit den daselbst in Note 53 Citirten. Dagegen stimmt das dort angeführte Preußische und das von Bickell S. 64 Note 22 citirte Hessische Recht mit dem Text überein.

74) V. O. von 1539 §. 2, K. G. O. von 1555 I. 38 §. 16, Conc. von 1613 I. 51 §. 15. Innerlich gerechtfertigt wird diese in den gemeinrechtlichen Quellen nicht ausdrücklich anerkannte Art der Insinuation dadurch, daß sie dem Adressaten günstiger ist, als die gewöhnliche insinuatio ad domum.

75) V. O. von 1538 §. 4, K. G. O. von 1555 I. 38 §. 18, Conc. von 1613 I. 51 §. 17.

76) Die insinuatio ad domum hat ihr Vorbild in l. 1. §. 1 D. de lib. agn. et al. (25, 3) und l. 4. §. 5. D. damni inf. (39, 2), ausgebildet aber ist sie vom C. R. Vgl. c. 3 X. de dolo et cont. (2, 14), c. 4 X. de eo, qui in poss. mitt. (2, 15), c. 3 Clem. de elect. (1, 3), c. 1 Clem. de foro comp. (2, 2), so wie außerdem die Stellen der vorigen Note und die Not. O. von 1512 tit. 2 §. 1.

sinuation geschehen sei, hat der darüber zu erstattende Bericht mit allen Nebenumständen anzuführen, und würde sich ergeben, daß sie ohne Schwierigkeit an die Person des Adressaten statt in anderer Art hätte bewirkt werden können, so ist sie ungültig.[77]

d. Es kann vorkommen, daß die bisher betrachteten Mittel, den Adressaten mit der für ihn bestimmten Verfügung bekannt zu machen, zu keinem Resultat führen, und dann bietet sich dem Richter als subsidiäres Mittel die s. g. öffentliche Insinuation[78] dar. Bis in die neueste Zeit wurde angenommen, diese habe ihren Ursprung im R. R., welches den Verklagten, wenn er der Seitens des Klägers an ihn Zwecks Einleitung des Verfahrens (also vor der L. C.) ergangenen Ladung nicht Folge leiste, denunciationibus et edictis literisque laden lasse, und unter denunciationes die mündliche, unter litterae die briefliche, und unter edicta die öffentliche, d. h. die durch öffentlichen Anschlag zu bewirkende Ladung verstehe.[79] Allein nach richtiger Deutung werden mit diesen Ausdrücken nicht verschiedene Arten, sondern verschiedene Momente der richterlichen Ladung bezeichnet,[79a] mit „denunciatio" die Ladung an sich,[80] mit „edictum" (oder „jussus", „auctoritas", „praeceptum") der richterliche Ladungsbefehl,[81] mit „literae" das an die Ortsbehörde oder den über den auswärtigen Verklagten zuständigen Richter gestellte Ersuchen um Vollziehung der Ladung.[82] In Wirklichkeit gehört die öffentliche oder Edictalladung erst dem C. R. und der romanistischen Doctrin an. Zwar trug das C. R. noch Bedenken, schon wegen bloßer Abwesenheit die

77) S. Note 102.

78) Vgl. über diese im Allgemeinen: Vergin. de Boccatiis: De citatione per edictum publicum, Colon. 1589, Barckhausen: Diss. de citatione edictali, Marb. 1680, P. Schulz: Diss. de citatione edictali, Francof. 1698, Koesel: De citatione edictali, Vitemb. 1718, Hering: Diss. de causis citationis edictalis, Vitemb. 1791, Glück: Commentar III. §. 223, Haase: Ueber Edictalladung und Edictalprocesse außerhalb des Concurses, Leipz. 1817, Nibler: Ueber die Edictalcitationen in Gegenständen des C. R., Straubing 1817, und Erläuternde Zusätze zu dieser Schrift, das. 1818.

79) Diese Ansicht wurde noch von Hartmann: Ueber das röm. Cont. Verfahren S. 141 fg., und Bethmann-Hollweg: Der röm. C. Pr. II. S. 774, so wie in der 2. Aufl. dieses Systems vertreten.

79a) Vgl. §. 49 Note 23a, und dazu Wieding: Der just. Libellproc. S. 320 fg., welcher das Verdienst hat, die Irrthümlichkeit der früheren Ansicht überzeugend dargethan zu haben.

80) Vgl. Wieding a. a. O. S. 315 fg., S. 319 fg. (wo sich die Belegstellen finden).

81) Vgl. bes. l. 23 §. 3 D. de appell. (49, 1), l. un. §. 6 C. Th. si certum pet. (2, 27), und dazu Wieding S. 321 fg.

82) Vgl. Bethmann-Hollweg II. S. 774 Note 94.

Ladung durch öffentliche Anschläge zu bewirken,[83], und selbst die päpstliche Curie, welche sich die Befugniß beigelegt hatte, dieselben zu jedweder Ladung zu benutzen, leistete auf dieses Vorrecht sehr bald wieder Verzicht.[84] Auch steht damit in keinem Widerspruch, daß nicht auffindbare Geistliche durch Anschlag an ihrer Kirche sollten geladen werden können,[85] weil sich das Kirchengebäude gewissermaßen als die Wohnung der an ihm angestellten Geistlichen ansehen ließ. Und eben so wenig, daß die der Eheschließung, so wie der Confirmation der zu geistlichen Aemtern Gewählten vorangehenden Aufgebote, von denen schon in anderem Zusammenhang die Rede gewesen ist,[86] in den Kirchen verkündigt wurden; sie waren bestimmt, das factische Existentwerden nichtiger Rechtsverhältnisse wo möglich zu verhüten, und erschienen deshalb nach allgemeinen Grundsätzen nicht absolut nothwendig. Dagegen trat die öffentliche Ladung gleichsam vorbildlich in einer anderen Bestimmung hervor. Den latitans und überhaupt Jeden, der die päpstliche Ladung verhinderte, hatte das C. R. im Anschluß an das R. R. von jeher dem Geladenen gleichgestellt,[87] und ließ man also gegen solche Personen, in Abweichung vom R. R.,[88] erst noch eine Ladung ergehen, so konnte man es mit dem Beweise des die Fiction der Ladung begründenden Umstandes ohne Gefahr etwas leichter nehmen. In diesem Sinne verordneten spätere Decretalen, daß wenn der Verklagte in eigener Person oder mit Hülfe Anderer die persönliche Insinuation verhindere, oder der Zutritt zur Wohnung desselben gefährlich sei („domicilia sive loca non possunt tute libereve adiri“, „propter potentiam vel metum“), die Ladung durch Anschlag an den Thüren des Gerichtslocals oder sonst an einem öffentlichen Ort, oder auch durch Verlesung von den Kanzeln publicirt werden solle.[89] Weniger bedenklich war man in Betreff

83) Vgl. c. 5 §. 2—4 X. ut lite non cont. (2, 6), c. 8 X. qui filii sint legit. (4, 17), c. 1 X. qui matr. acc. poss. (4, 18) mit den Stellen der Noten 87, 89.

84) Dies ergibt sich aus c. 1 Clem. de jud. (2, 1).

85) C. 10 X. de dolo et cont. (2, 14), c. 11 X. de cler. non resid. (3, 4). Einen besonderen Fall enthält c. 3 Clem. de elect. (1, 3) verb. „— vel si domus eadem in remotis existat, in ecclesia cathedrali, in cujus civitate vel dioecesi consistit beneficium“. Vgl. auch Durantis II. 1 de citat. §. 4 nr. 18, woselbst er neben die „denunciatio in ejus domo vel ecclesia“ das „praeconizari in vico ejus“ stellt.

86) Vgl. §. 13 Note 7, 8.

87) C. 5 §. 1 X. ut lite non cont. (2, 6), c. 1 §. 3 in VI. de foro comp. (2, 2), c. 2 Clem. ut lite pendente (2, 5) vgl. mit §. 49 Note 41.

88) Vgl. oben §. 49 Note 28—31.

89) C. 3 Clem. de elect. (1, 3), c. 1 Clem. de jud. (2, 1), c. 1 Clem.

der weltlichen Gerichte. Da die Doctrin in den edicta des R. R. eine öffentliche Ladung sah[90] und für deren Gebrauch feste Regeln in den Quellen nicht vorfand, so glaubte sie den Gesichtspunct des practischen Bedürfnisses und der Billigkeit freier zur Geltung bringen zu können.[91] Diesen Standpunct nahm namentlich die Extravag. Henrici VII Ad reprimendum[92] ein, welche durch einen eingehenden Commentar des Bartolus de Saxoferrato[93] unterstützt für die spätere Gestaltung der Edictalcitation von bestimmendem Einfluß wurde. Sie wandte auf das crimen laesae majestatis das außerordentliche Verfahren an, und bedrohte dem entsprechend[94] den Ungehorsam des Angeschuldigten mit der einseitigen Untersuchung der Sache, indem sie den Angeschuldigten dann als ungehorsam ansehen zu wollen erklärte, wenn derselbe „per nuncium, vel per litteras, seu etiam per edictum publice propositum" geladen, in dem anberaumten Termin nicht erscheine. Dadurch war die Anwendung der edicta ins freie Ermessen des

---

de foro comp. (2, 2). Das in der Note 87 citirte c. 2 Clem. ut lite pend. (2, 5) steht nicht entgegen, weil keineswegs gesagt werden kann, daß der Eintritt der Contumacialnachtheile dem latitans gegenüber schlechthin von der Edictalladung abhängig gemacht worden sei.

90) Vgl. z. B. gl. Praeconum] ad Nov. 112 c. 3, gl. debes] ad l. 73 D. de iudic. (5, 1). S. auch c. 1 Clem. de jud. (2, 1).

91) So freilich noch nicht die Glosse zum Corpus Juris, wie die Citate in Note 90 beweisen, auch nicht die älteren Processualisten, wie sich aus Pillius: De ord. jud. II. §. 19 (welcher unter edictum nicht die Edictalcitation versteht), Tancredus: Ordo jud. II. 3 §. 1, Rolandinus: Summa art. not. III. rubr. de citatione ergibt. Noch Durantis II. 1 de citat. §. 4 nr. 13 beschränkt sich auf folgende Bemerkungen: „Et nota secundum Ubertum et Joannem de Deo, quod minores ordinarii et delegati a principe in minoribus causis citant per edicta, quod non est in usu: et per nuncium vel simplicem epistolam, quod frequentatur. Pedanei vero et delegati ab alio quam a principe duobus posterioribus modis tantum: quia coram eis et in parvis causis non debet nimia solennitas observari". — nr. 15: „Sed numquid sufficit, fieri citationem solenniter et publice, nec sit necesse per nuncium vel per literas singulorum auribus inculcare? Videtur quod sic: nec poterit quis asserere se non fuisse citatum licet citatio ad eum non pervenerit, X de postu. prael. cap. 1 cum suis concor. et hoc quidam dicunt. Alii dicunt, citationem non valere nisi fiat ad personam vel domum ut not. plene secundum Papam X. de eo qui mitt. in poss. causa rei serv. cap. fin. Tu dic ut supr. de hoc secundum Papam in praed. cap. 1. de postula. prael. et de cler. non resid. c. ex tuae". Vgl. auch die Note 85.

92) Dieses im J. 1313 erlassene Gesetz ist mit der im Text erwähnten Glosse des Bartolus nach und nach (zuerst 1476) in alle glossirten Ausgaben des Corpus Juris aufgenommen, und seitdem als Bestandtheil desselben behandelt worden. Vgl. Savigny: Gesch. des R. R. im M. A. VI. S. 176. Ein neuer Abdruck findet sich in Jo. Faxioli et Bartoli de Saxoferrato de summaria cognitione commentarii, Erl. 1843 (herausgegeben von Briegleb).

93) Vgl. darüber Briegleb a. a. O. (vor. Note) im Vorw. p. XV.

94) S. §. 49 Note 54.

Richters gestellt; sie sollten überall angewandt werden können, wo es die Noth erfordern, d. h. keine der anderen Insinuationsformen zum Ziele führen würde.[95] Und diese Auffassung, obgleich mit dem C. R. unvereinbar, hat in der Praxis entschieden die Ueberhand gewonnen. Die Bestimmungen des C. R., auf welche man sich nichts desto weniger immer noch berufen hat,[96] sind vorzugsweise als Exemplificationen benutzt worden, und haben beiläufig dazu gedient, die Subsidiarität der Edicte in lebendigem Gedächtniß zu halten.[97] Als statthaft darf demnach die Insinuation durch Edicte nicht bloß in den vom C. R. statuirten Fällen, sondern auch[98] dann gehalten werden, wenn sich der Adressat dauernd oder vorübergehend in einem fremden Gerichtsbezirk aufhält, und der dortige Richter der wegen der Insinuation an ihn ergangenen Requisition keine Folge gibt, ferner wenn Aufenthalt und Wohnung des Adressaten gänzlich unbekannt sind, eben so wenn sich derselbe aus seiner Wohnung entfernt hat, um an einem unbekannten Ort gegen die

---

95) Darauf deutet das „seu etiam". Bartolus in gl. Per edictum] ad extravag. cit. sagt sogar: „— isti tres modi citandi permittuntur alternative, et sic judicis arbitrio," er fährt dann aber fort: „Sed in his debet servare aequitatem; — si ergo potest per nuncium citare, vel epistolam, vel litteras, non est aequum, quod citet per edicta, et si faceret, gravaret partem, et ideo per judicem appellationis posset infringi processus."

96) So schon Bartolus l. c. (vor. Note): „Sed de jure canonico non potest fieri, nisi — contra eos, qui procurant, ne ad eos citatio perveniat, vel ad quorum loca non potest tute accedi, ut X. de jud. c. 1 in Clem. quae limitatio secunda fuit multum aequa, ut ibi patet; sic puto judices in foro nostro debere practicare." Daß hier dem C. R. keine gesetzliche Autorität beigelegt werden soll, liegt klar am Tage; Bartolus bezeichnet die Billigkeit als das Entscheidende, wie auch die unmittelbar folgenden, in der vorigen Note abgedruckten Worte beweisen. In Uebereinstimmung damit steht es, daß er die Edictalladung in Fällen zuläßt, von denen das C. R. schweigt, wie gegen den in einem fremden Sprengel Wohnenden, wenn der Requisition keine Folge gegeben wird — cit. gl. Per edictum] —, und gegen den Vagabunden — ad l. 4 §. 5 D. damni inf. nr. 10 —. S. auch die Citate der Note 97.

97) Vgl. Maranta: Aur. prax. VI. de citat. nr. 82 sequ., Blarer: Repet. l. Diffamari C. de ing. manum. c. VI. nr. 59—63, Gaill: Obs. I. 55 nr. 2, 56 nr. 7, 57, Carpzov: Processus juris VII. 4 nr. 5—29, Mevius: Decis. I. 253, VIII. 351, Brunnemann: Tr. jurid. de processu fori c. III. nr. 19, 20, Leyser: Medit. sp. 32 m. 5, Danz: Einleitung §. 94, Glück: Commentar III. §. 223. Vgl. übrigens auch den Landfrieden von 1548 tit. 14 §. 1, K. G. O. von 1555 II. 10 §. 1, Conc. von 1613 II. 11 §. 1.

98) Ueber die folgenden Fälle können außer den in den Noten 97, 96 citirten Schriftstellern auch noch verglichen werden Hofacker: Princ. jur. civ. III. §. 4342, Haase a. a. O. (Note 78) S. 11—18, wo sich weitere literarische Nachweisungen finden, Nibler a. a. O. (Note 78) §. 2.

Ansprüche Anderer gesichert zu sein (wie im Fall der desertio malitiosa),[99] und endlich, wenn er einen bleibenden Wohnsitz nicht hat und auch in Person sich nicht betreffen läßt.[100]

Ungültig ist jedoch die ohne einen solchen Grund verfügte Insinuation durch Edicte keineswegs. Obschon unrichtig oder vielleicht gar nicht motivirt, besteht sie doch der Form nach zu Recht, und wenn daher der Geladene ausbleibt, so kann das auf Grund seines Ungehorsams gesprochene Urtheil mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angegriffen werden. Dagegen erscheint der Geladene beschwert, wenn unter den gegebenen Umständen die Edictalladung nicht hätte erkannt werden sollen, und deshalb ist anzunehmen, daß das die Contumacialnachtheile verhängende Erkenntniß der Appellation unterliegt.[101] Es verhält sich somit hier anders, als da, wo der Gerichtsdiener, welchem die Insinuation schlechthin, oder was dasselbe ist, zunächst die persönliche Insinuation, und nur für den Fall ihrer Unausführbarkeit die insinuatio ad domum ist aufgetragen worden, sofort zur letzteren schreitet. Denn aus der Ueberschreitung des richterlichen Auftrags ergibt sich die Ungültigkeit der Insinuation von selbst.[102]

e. Eine eigenthümliche Anwendung finden die Edicte auf die Insinuation von Verfügungen, welche unbekannten Personen die Anstellung einer Klage, oder die Vertheidigung gegen eine Klage

---

99) Vgl. über diesen Fall die von Haase a. a. O. S. 12 Note 38 Citirten.

100) Die Competenz des die Edictalcitation erlassenden Gerichts wird hierbei vorausgesetzt; sie bestimmt sich nach den in §. 40 Note 61 und in §. 41 dargestellten Grundsätzen. Vgl. auch Glück III. §. 223 Note 72, Haase a. a. O. S. 39, 40.

101) So wird diese Frage entschieden von Bartolus in gl. Per edictum] ad extrav. cit., Maranta l. c. VI. de citat. nr. 82, Gaill: Obs. I. 57 pr., Colerus: Tr. de process. execut. III. 7 nr. 27, Gregorius Tholosanus: De appellationibus II. 15 nr. 20, Scaccia: Tr. de appellationibus, qu. 17 lim. 47 m. 1 nr. 25, Carpzov: Proc. jur. VII. 4, nr. 6, Mevius: Decis. I. 253 not. 1, Danz: Einleitung §. 94 Note *. Unbestimmt drückt sich Haase a. a. O. (Note 78) S. 9 Note 27 aus, während unter den älteren Juristen Manche sind, welche von der Auffassung des C. R. ausgehend geradezu die Nichtigkeit der Ladung und des Verfahrens annehmen, z. B. Vantius: Tr. de nullitate processuum c. XII. nr. 123, Blarer l. c. (Note 97) c. VI. nr. 61, Menochius: Tr. de recuper. poss. remediis c. VIII. nr. 111.

102) Vgl. Bartolus ad l. 4 §. 5 D. damni inf. nr. 12—14, Alex. Tartagnus: Cons. III. 2 nr. 1—3, Ludov. Romanus: Cons. 454 nr. 4, 5, Maranta l. c. VI. de citat. nr. 126. Von den deutschen Juristen wird häufig die Subsidiarität der insinuatio ad domum hervorgehoben, z. B. von Mevius: Decis. IV. 337, VII. 275, Leyser: Medit. sp. 32 m. 4, Danz: Einleitung §. 114 Note 6, nur wenige aber sprechen sich ausdrücklich im Sinne des Textes aus, wie z. B. Wernher: Obs. VI. 435, Glück III. §. 231 Note 52.

auferlegen. Zur Anstellung einer Klage können unbekannte Personen gemeinrechtlich in zwei Fällen aufgefordert werden, beim gerichtlichen Verkauf von unbeweglichen Pfandobjecten und im Concursverfahren,[103] außerdem nach Particularrecht mitunter auch in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in denen dem gemeinen Recht zwar nicht die öffentliche Ladung dritter Interessenten, wohl aber die Androhung von sachlichen Rechtsnachtheilen widerstreitet.[104] Die Richtung der Klage gegen unbekannte Verklagte setzt selbstverständlich voraus, daß die Klage weder durch eine verletzende Handlung bedingt ist, noch die Verurtheilung zu einer Leistung bezweckt, und ist daher nur in seltenen Fällen möglich.[105] Ein Beispiel gibt die Bitte um Restitution gegen den Erbschaftsantritt. Da ein derartiges Restitutionsgesuch gegen die Erbschaftsgläubiger zu richten ist,[106] so müssen dieselben, wenn und soweit sie unbekannt sind, durch Edicte geladen werden.[107] Hier wie im Concursverfahren und beim gerichtlichen Verkauf von Pfandobjecten ist die öffentliche Insinuation unentbehrlich, um das Verfahren seinem Zweck entsprechend einzuleiten. Aber auch in diesen Fällen hat sie einen subsidiären Character. Weder im Concursverfahren noch sonst wo dürfen die aus den Acten bekannten Interessenten durch Edicte geladen werden.[108]

---

103) S. §. 13 unter 1.

104) Auf die hierher gehörigen, nicht unmittelbar die streitige Gerichtsbarkeit betreffenden Bestimmungen des C. R. ist schon oben in Note 86 hingewiesen worden.

105) Vgl. Glück III. §. 223 Note 70, 71, so wie insbesondere über die Particularrechte Haase a. a. O. S. 28—161.

106) L. 29 §. 2 D. de minor. (4, 4), nov. 119 c. 6, und dazu Wetzell: De quaestione, adversus quem in integrum restitutio imploranda sit, p. 34 not. 3.

107) Vgl. Baldus ad auth. Si omnes] C. si minor ab hereditate se abstineat, nr. 3, Maranta VI. de citat. nr. 103 vgl. mit nr. 89, Blarer l. c. (Note 97) c. VI. nr. 64.

108) So entscheidet in Betreff der Provocationen, welche die Confirmation der zu kirchlichen Aemtern Gewählten (Note 86) vorbereiten, das c. 47 in VI. de elect. (1, 6) Das aber, was diese Stelle für einen einzelnen Fall anordnet, haben die späteren Juristen (häufig mit Berufung auf die nicht ganz zutreffenden Aeußerungen von Innocentius ad c. 17 X. de major. et obed., ad c. 4 X. de proc. und ad c. 6 X. qui matr. acc. poss.) verallgemeinert. Vgl. Bartolus ad l. 6 C. de remiss. pign., in gl. Per edictum] ad extrav. cit., Baldus ad auth. Si omnes C. si minor se ab hered. abst., ad l. 23 §. 3 D. de hered. inst. nr. 2, Ludov. Romanus: Cons. 342 nr. 5, Alex. Tartagnus: Cons. V. 106 nr. 17, Joa. Bapt. de Caccialupis in Repet. l. 1 C. de summa trinit. nr. 75, 76, Jason de Mayno ad l. 116 D. de V. O. nr. 43, Ant. Negusantius: Tr. de pignoribus et hypothecis VIII. 1 nr. 13, Vantius l. c. (Note 101) c. XII. nr. 142, Menochius l. c. (Note 101) XV. nr. 229, Salgado de Samoza: Labyrinthus creditorum conc. I. 1 nr.

f. In Beziehung auf die öffentliche Insinuation sind nun aber noch einige specielle Fragen zu beantworten. Was zunächst die Art der Veröffentlichung anbelangt, so ist nach einer früheren Bemerkung dem C. R. außer dem öffentlichen Anschlag auch die Verlesung der zu insinuirenden Verfügung von den Kanzeln bekannt,[109] und dazu kommt als ein noch zweckmäßigeres Mittel in neuerer Zeit die Bekanntmachung durch die Zeitungen.[110] Die Wahl unter die-

---

34—38, — ferner Blarer l. c. (Note 97) c. VI. nr. 68, 69, Carpzov: Proc. jur. VII. 4 nr. 22, Brunnemann: Tr. jur. de processu fori c. III. nr. 3, Mevius: Decis. VIII. 351 not. 3, Ludovici: Einleitung in den Concurspr. III. 3—6, Schaumburg: Princ. prax. jurid. judic. II. 8 §. 4, Tafinger: Inst. jur. cam. §. 882, Cramer: Obs. IV. 1183, Hofacker: Princ. jur. civ. III. §. 4342, 4607, Claproth: Einleitung in sämmtl. summarische Pr. §. 333, Danz: Grundsätze der summ. Pr. (3. Aufl.) §. 178, Glück: Commentar §. 223 Note 69, Haase a. a. O. (Note 78) S. 182, Martin: Lehrbuch §. 328 Note b, Grolman: Theorie §. 257, Linde: Lehrbuch §. 436, Bayer: Theorie des Concurspr. §. 49 a. E. Nach diesen Citaten kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Doctrin mit großer Uebereinstimmung die bekannten Gläubiger speciell geladen wissen will. Indeß hat Bartolus durch die gl. Per edictum] in f. und die gl. Citatum] ad extrav. cit. Veranlassung zu einem Irrthum gegeben. Er redet nämlich in der zweiten Glosse von der Ladung der universitates, und bemerkt, dieselbe könne eben so wohl auf gewöhnlichem Wege den Vorstehern, als durch öffentliche Proclamation der multitudo kund gegeben werden, indem er sich dabei auf einen allgemeiner lautenden Ausspruch der ersten Glosse zurückbezieht, nach welchem die Proclamation statthaft sein soll, „si citanda est aliqua multitudo". Unter dem Ausdruck multitudo sind hier offenbar die Glieder der universitas zusammengefaßt, und unrichtig ist, daß an diese überhaupt eine Ladung insinuirt werden kann. Jedenfalls aber rechtfertigt jene Aeußerung des Bartolus in keiner Weise die auf sie gestützte Meinung späterer Juristen, daß die Edictalladung auch propter multitudinem citandorum Statt finde, wie Joa. Bapt. de Caccialupis (nr. 76), Jason de Mayno, Ant. Negusantius, Carpzov (nr. 19, 34—36) und Mevius (not. 5) locis cit. annehmen. Für diese niemals zu allgemeinerer Geltung gelangte Annahme spricht kein anderer Grund, als die Kostenersparniß, welche nicht ausreicht, um eine Ausnahme von der Regel zu begründen. Nicht besser verhält es sich mit der anderen Meinung, welche im Concurse die specielle Ladung der bekannten Gläubiger nicht für nothwendig erachtet, einer Meinung, die von Brunnemann: Tr. jur. de proc. fori c. III. nr. 4, De processu concursus II. §. 2 (jedoch mit Ausnahme der Auswärtigen, der Wittwen, der Minderjährigen und der pia corpora), von Cocceji: Jus controv. XLII. 5 qu. 14 §. 11, Dabelow: Ausf. Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger, 2 Aufl. S. 522, Gönner: Handbuch IV. 82 §. 30, Hassenpflug in der Themis I. 5 vertreten wird — s. auch die von Salgado de Samoza l. c. I. 1 nr. 31 Citirten —, und zwar nicht in die gemeinrechtliche Praxis, wohl aber in manche Particularrechte, z. B. in das sächsische nach Haase a. a. O. S. 182, in das kurhessische nach Hassenpflug I. S. 140, in das mecklenburgische nach Trotsche: Der meckl. C. Pr. II. §. 207 Note 13, §. 227 Note 2 eingedrungen ist.

109) Vgl. c. 1 Clem. de foro comp. (2, 2), und dazu Note 89, so wie die Stellen des §. 13 Note 7, 8.

110) Seit dem Anfang des vorigen sec. nach Bruns in Bekker und Muther: Jahrbuch des gem. deutschen Rechts I. S. 181. Vgl. auch Haase a. a. O. S. 4 Note 9.

sen Mitteln steht in Ermangelung besonderer particularrechtlicher Vorschriften dem Richter zu. Da aber die Wirksamkeit derselben wesentlich von dem Ort abhängt, an welchem sie in Anwendung gebracht werden, so ist es von Wichtigkeit, daß der Richter bei dessen Bestimmung mit Vorsicht zu Werke gehe. Nach einer allerdings sehr allgemein gehaltenen Vorschrift des C. R. soll er denjenigen Ort wählen, von dem aus die Publication voraussichtlich am ehesten zu des Adressaten Kenntniß gelangt.[111] Fehlt es hierfür an festen Anhaltspuncten, so ist der Gerichtsort der angemessenste.[112] Daß die Publication an mehreren Orten geschehen müsse, läßt sich nach gemeinem Recht nicht behaupten; die dafür sprechende Stelle des kaiserlichen Landfriedens von 1548 tit. 14 §. 1 („an zween oder dreien Enden, da sie dem Citirten zuversehentlich zu wissen kommen möchten“)[113] hat den Character einer gemeingültigen Vorschrift nicht,[114] und eben so wenig ist die Praxis des R. K. Gerichts entscheidend, welche verlangte, daß die Edicte wenigstens an drei Orten angeschlagen würden.[115] Allerdings aber hat diese Ansicht in der gemeinrechtlichen Doctrin, und von hier aus in der Particulargesetzgebung und in der Praxis der Territorialgerichte große Verbreitung gefunden, meist mit der besonderen Modalität, daß die Bekanntmachung am Gerichtsort und vermittelst der Requisition in zwei anderen Territorien, also in dreier Herrn Ländern bewirkt werden müsse,[116] und richtig ist, daß eine mehrfache Bekanntmachung, wenn auch nicht nothwendig,[117] sicherer zum Zwecke führt, als eine

111) C. 3 Clem. de elect. (1, 3) verb. „appellationem eandem in loco aliquo publico sic solemniter volumus publicari, quod ad appellati seu ejus procuratoris notitiam possit verisimiliter pervenire.“ Auch hat man sich vielfach auf c. 1 Clem. de foro comp. (2, 2) verb. „in civitatibus videlicet vel locis insignibus suis ecclesiis vicinioribus“ berufen. Vgl. auch die Stellen der Note 113 und den Landfrieden von 1548 tit. 14 §. 1.

112) Den Gerichtsort hat das c. 1 Clem. de jud. (2, 1) vor Augen, welches indeß von den besonderen Verhältnissen der curia Romana ausgeht.

113) Vgl. auch K. G. O. von 1555 II. 10 §. 1, Conc. von 1613 II. 11 §. 1.

114) Sie handelt vom Verfahren gegen Landfriedensbrecher.

115) Vgl. Gaill: Obs. I. 57 nr. 10, Tafinger: Inst. jur. cam. §. 883.

116) S. die Nachweisungen bei Haase a. a. O. (Note 78) S. 5 Note 13, so wie außerdem Schaumburg: Princ. prax. jurid. jud. II. 8 §. 4, Ludovici: Einleitung in den Concursp. III. §. 11, Claproth: Einleitung in sämmtl. summ. Pr. §. 334, Danz: Einleitung §. 94, Grundsätze der summ. Pr. (3. Aufl.) §. 177, Glück: Commentar III. S. 356.

117) Daß die Publication in dreier Herren Ländern oder auch nur in drei Gerichtsbezirken nicht überall und von Allen für nothwendig gehalten wird, ersieht man aus Carpzov: Proc. jur. VII. 4 nr. 4, J. H. Boehmer: J. E. P.

einfache. Nothwendig aber ist, daß die Edicte nicht bloß an öffentlichen und allgemein zugänglichen Orten, z. B. an Rath- und Amtshäusern, Kirchenthüren, Stadtthoren u. s. w. angeschlagen werden,[118] sondern auch längere Zeit hindurch vor dem anberaumten Termin oder dem Ende der verordneten Frist ausgehängt bleiben,[119] und daß eben so die Verlesung von den Kanzeln[120] und die Bekanntmachung in den Zeitungen mehr als einmal geschieht.[121]

Ist die Veröffentlichung in der einen oder anderen Art ordnungsmäßig erfolgt, so hat sie ganz die Wirkung jeder anderen Insinuation,[122] und ist demzufolge geeignet, die Grundlage für einen gegen den Adressaten zu richtenden Contumacialantrag zu bilden. Dieser setzt natürlich eine actenmäßige Nachweisung darüber voraus, daß mit der Veröffentlichung ordnungsmäßig verfahren sei, und es sind deshalb die Edicte nach ihrer Abnahme mit einer auf den Ort und die Dauer des Anschlags bezüglichen Registratur (Affixions- und Refixions-Registratur), und eben so Exemplare der Zeitungsblätter, in denen die Publication geschehen ist, so wie Zeugnisse der Geistlichen, welche die Verlesung von den Kanzeln besorgt haben, den Acten beizufügen.[123] Ist die declaratio contumaciae erfolgt, so hat das weitere Verfahren nichts Besonderes. Sollte jedoch der Contumax nachzuweisen oder eidlich zu erhärten im Stande sein, daß er von der ihm öffentlich insinuirten Ver-

---

II. 3 §. 13, Claproth a. a. O. §. 336, Haase a. a. O. S. 8 Note 22. Die Unterscheidung des Nothwendigen und Zweckmäßigen ist von besonderem Interesse dann, wenn eines der ausgehängten Exemplare vor der Zeit abgenommen oder abgerissen, oder wenn in eines bei der Veröffentlichung ein Fehler eingeschlichen sein sollte.

118) C. 3 Clem. de elect. (1, 3), c. 1 Clem. de jud. (2, 1).

119) Ueber die Dauer entscheidet in Ermangelung particularrechtlicher Vorschriften das richterliche Ermessen. Vgl. Bartolus in gl. Publice] ad extrav. cit., Vantius l. c. XII. nr. 135, J. H. Boehmer l. c. II. 3 §. 13, Oeltze: Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 84, Haase a. a. O. S. 5 Note 12.

120) Vgl. J. H. Boehmer l. c. II. 3 §. 12, 13.

121) Haase a. a. O. S. 4 Note 9.

122) C. 1 Clem. de jud. (2, 1) verb. „sic valeant atque arctent citatos post lapsum terminum, quem considerata distantia locorum citationibus ipsis apponi convenit competentem, ac si ad eos personaliter pervenissent —", c. 1 Clem. de foro comp. (2, 2) verb. „et procedant deinde contra ipsos, si citati taliter statuto ipsis peremtorio termino competenti coram eisdem episcopis noluerint comparere, ac si citati legitime alias exstitissent." Außerdem vgl. c. 6 X. qui matr. acc. p. (4, 18) verb. „Alioquin cum rationabiliter praesumatur, quod denunciationem publice factam idem existens in ipsa dioecesi minime ignoravit —".

123) J. H. Boehmer l. c. II. 3 §. 13, Haase a. a. O. (Note 78) S. 7.

fügung ohne sein Verschulden keine Kenntniß erhalten habe, so darf er mit Berufung auf seinen Irrthum um Restitution bitten,[124] und dasselbe muß im Fall der insinuatio ad domum gelten.[125]

Von Terminen und Fristen.*

§. 68.

Mit dem eben besprochenen Gegensatz des mündlichen und schriftlichen Verfahrens hängt auf's Genaueste ein anderer Gegensatz, der Gegensatz der Termine und Fristen zusammen. Damit mündlich verhandelt werden könne, muß ein Tag bestimmt sein, an welchem die Parteien zum Zweck der Verhandlung vor Gericht zu erscheinen haben, und dieser Tag, so wie folgeweise die an ihm gepflogene Verhandlung wird Termin genannt. Wo dagegen schriftlich verfahren wird, ist jede von den Parteien erforderte Eingabe dem Gericht bis zu einem bestimmten Tage, d. h. innerhalb einer für sie laufenden Frist zu übermitteln. Mündlich also wird in Terminen, schriftlich in Fristen verhandelt, und wo immer im Proceß den Parteien in der einen oder anderen Weise zeitliche Schranken gesetzt sind, bezeichnen diese von selbst auch die Form der vorzunehmenden Handlung. Erst durch diesen Zusammenhang aber erhält der Gegensatz der Termine und Fristen seine rechte Bedeutung. Denn als bloße Zeitbestimmungen gedacht würden sich dieselben gar nicht von einander unterscheiden lassen, da der einem Termin vorausgehende und sich mit ihm abschließende Zeitraum recht wohl eine Frist, und der eine Frist abschließende Tag nicht minder ein Termin genannt werden könnte.

Wenn aber gleich in ihren Beziehungen verschieden, kommen doch beide in der Hauptsache, d. i. darin überein, daß sie der Thätigkeit der Parteien Schranken setzen sollen. Für den Richter gibt es dergleichen Schranken nicht; wie bald er die von ihm erbetenen

---

124) Arg. c. 6 X. qui matr. acc. poss. (4, 18). Vgl. Glück: Commentar VI. S. 50, Schweppe: System des Concurses der Gläubiger §. 119, Francke: Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien I. S. 81, Bickell a. a. O. (Note 49) S. 146 Note 19.

125) Vgl. Glück: Commentar III. §. 231 Note 54, Erk. des O. A. G. zu Lübeck (bei Kierulff: Entsch. II. S. 243), des O. A. G. zu Dresden (bei Seuffert: Archiv XVII. 189).

*) Tit. Dig. 2, 12 de feriis et dilationibus et diversis temporibus. Cod. 3, 11 X. 2, 8 de dilationibus. — Knorre: Diss. de recto dilationum usu, Hal. 1739. Balthasar: Tr. jurid. de terminis et fatalibus judicialibus, Gryphisw. et Lips. 1748. Gensler im Arch. für civ. Pr. IV. 16.

Verfügungen ergehen lassen will, ist lediglich seinem Gewissen anheim gestellt.[1] Er hat allerdings die Pflicht, den Parteien so bald wie möglich zu ihrem Recht zu verhelfen; die Versäumung dieser Pflicht aber setzt ihn immer nur dem disciplinarischen Einschreiten des Oberrichters aus, und hat auf die Sache selbst keinen Einfluß.[2] Wenn dagegen eine Partei es versäumt, die ihr aufgegebene Handlung rechtzeitig vorzunehmen, so wird sie nicht nur in die dem Gegner durch ihren Ungehorsam verursachten Kosten verurtheilt, sondern unterliegt unter Umständen auch Nachtheilen, welche die von ihr vertretene Sache treffen. Die Versäumung der Termine und Fristen hat eben die gesetzlichen Contumacialnachtheile zur Folge, weshalb von der Veranlassung, aus welcher, und der Vermittelung, durch welche für die einzelnen Parteihandlungen Zeitbestimmungen angeordnet werden, im Allgemeinen schon früher die Rede gewesen ist.[3] Im Anschluß an diese Betrachtungen ist hier aber noch Folgendes zu bemerken.

1. Das mündliche Verfahren wird nach justinianeischem Recht und noch heut zu Tage dadurch eingeleitet, daß der Richter in Folge der außerterminlichen Klagestellung,[4] wenn er die Klage nicht wegen formeller oder materieller Mängel sofort glaubt zurückweisen zu müssen, einen Termin ansetzt, und dem Verklagten aufgibt, an diesem Termin vor ihm zu erscheinen,[5] während nach dem früheren

---

1) Es kommen allerdings particularrechtlich und selbst im R. R. Vorschriften vor, welche für gewisse Verfügungen Fristen anordnen. Diese Vorschriften aber haben doch nur einen disciplinarischen Character. Vgl. z. B. l. 24 C. de app. (7, 62). Siehe jedoch die folgende Note.

2) Eine abweichende Entscheidung enthält die nicht glossirte nov. 126 c. 3. Vgl. Bethmann-Hollweg III. §. 160 Note 32.

3) Vgl. §. 49.

4) Vgl. §. 67 Note 15 über das R. R., und §. 67 Note 18 über das C. R. und die Reichsgesetze. In dem c. 2 Clem. de V. S. (5, 11) wird für das außerordentliche (s. g. unbestimmt summarische) Verfahren eine Ausnahme statuirt („necessario libellum non exigat"), welche die Regel bestätigt. Ueber den Proceß des R. K. Gerichts vgl. übrigens noch Pütter: N. E. §. 57 sequ.

5) Nach der nov. 53 c. 3 soll dem Verklagten von der Mittheilung der Klage bis zur L. C. eine Frist von 20 Tagen (nicht mehr wie bis dahin von 10 Tagen) frei bleiben (vgl. auch nov. 96 c. 1), damit er in dieser Frist den Richter recusiren, oder sich mit dem Kläger vertragen, und jedenfalls überlegen könne, ob er es auf einen Proceß ankommen lassen wolle, oder nicht. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß gerade der 20. Tag nach der Mittheilung der Klage gesetzlich als der für den Beginn der Verhandlung bestimmte Termin habe angesehen werden sollen. Daß dies die Meinung jenes Gesetzes nicht sei, geht aus einer anderen Vorschrift desselben hervor, nach welcher der Richter den Verklagten jedes Mal vor der L. C. fragen sollte, ob auch die 20tägige Frist abgelaufen sei. Vielmehr wurde der Termin nach wie vor vom Richter angesetzt, wofür

römischen[6] und älteren deutschen Recht[7] nicht der Richter, sondern der Kläger selbst den Verklagten vor Gericht forderte (in jus vocare, mannire). Jener richterliche Befehl, der sich, wie wir sehen werden, im Lauf des Verfahrens öfter wiederholen kann, und ohne Rücksicht auf die Art seiner Mittheilung **Ladung**, im C. R. citatio[8] genannt wird, muß, um gültig zu sein, nicht bloß das verfügende Gericht und die Person des Verklagten, so wie die Rechtssache, auf die er sich bezieht, sondern auch den Zweck der Ladung bezeichnen,[9] und dieserhalb im Anschluß eine Abschrift oder das Duplum des bei Gericht überreichten und vom Verklagten zu beantwortenden Klaglibells nebst dessen wesentlichen Anlagen enthalten.[10] Der Ort des Erscheinens dagegen braucht nicht besonders

---

einen directen Beweis die nov. 69 c. 2 erbringt. Das, was hier von der Anordnung des Termins *κατὰ τὸν νόμον τὸν κοινόν* gesagt wird, bezieht sich wohl auf l. 1 C. h. t. (3, 11) oder auf l. 1 D. si quis caut. (2, 11). Ueber das C. R. vgl. c. 28 §. 4 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29), c. 5 X. de in int. rest. (1, 41), c. 1, 4 X. h. t. (2, 8), c. 1, 10 X. de dolo et cont. (2, 14), und über den Proceß des R. K. Gerichts den J. R. A. §. 34, 36.

6) Vgl. darüber Bethmann-Hollweg I. §. 32, II. §. 83, welcher an einer anderen Stelle (III. §. 152 Note 5) die richtige Bemerkung macht, daß wo in Justinian's Compilation die in jus vocatio vorkomme, sie nichts Anderes sei, als eine durch den Richter vermittelte Ladung des Verklagten, wie man recht klar aus l. 3. C. de ann. exc. (7, 40) verb. „qui obnoxium suum in judicium clamaverit“ ersieht.

7) Vgl. Siegel: Gesch. des deutschen G. V. I. §. 10, 11, Sohm: Der Proceß der Lex Salica §. 16, Ders.: Die altdeutsche R. und G. V. I. S. 114, Bethmann-Hollweg: Der germ. rom. C. Pr. I. S. 169, 478, 491, 497 fg., 518 fg., II. S. 111 fg.

8) Im justinianeischen Recht kommen dafür die Namen commonitio, sententia commonitoria, admonitio, conventio vor, aber auch schon in einigen wenigen Stellen — l. 15 C. de jud. (3, 1), l. 1 §. 2 C. de adsert. toll. (7, 17), l. 8 C. quom. et qu. (7, 43) — der Ausdruck citatio, welcher in der älteren Rechtssprache das Aufrufen der gegenwärtigen Partei durch den Präco bezeichnete. Vgl. Bethmann-Hollweg II. §. 122 Note 100, III. §. 157 Note 12. Im C. R. ist der im Text hervorgehobene Sprachgebrauch technisch.

9) Vgl. Gaill: Obs. I. 48—53, Glück: Commentar III. §. 228, und über die Formen, deren sich das R. K. Gericht bediente, Pütter: N. E. §. 72.

10) Ausdrücklich vorgeschrieben durch nov. 53 c. 3 §. 1, welche übergegangen ist in die auth. Offeratur C. de L. C. (3, 9), und in dieser so lautet: „Offeratur ei, qui vocatur ad judicium, libellus, et exinde praebitis sportulis et data fidejussione viginti dierum gaudeat induciis, quibus deliberet, cedatne an contendat, aut judicine alium associari petat, vel recuset eum, nisi ille sit is, quem ipse alio recusato jam petierit. —“ Vgl. auch l. 3 C. de ann. exc. (7, 40) verb. „qui obnoxium suum in judicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit.“ In diese Zusendung des Klaglibells ist die alte editio actionis übergegangen, von welcher l. 1 pr. §. 1 D. de edendo (2, 13), l. 3 C. eod. (2, 1), l. 1 C. de L. C. (3, 9) handeln. Vgl. Bethmann-Hollweg III. §. 152 Note 4, 43, so wie auch Wieding: Der just. Libellpr. S. 503 fg., 691. Ueber die Klaglibelle im späteren byzantinischen Verfahren s. Zachariä von Lingenthal: Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 2. Aufl. Berlin 1877, S. 375. Gratian hat die auth. Offeratur als c. 4 §. 5 C. 3 qu. 3

namhaft gemacht zu werden, außer wenn ein anderer als der gewöhnliche Gerichtsort gemeint ist,[11] und eben so wenig die Stunde der Verhandlung, vorausgesetzt, daß sie herkömmlich ist, und als dem Geladenen bekannt unterstellt werden kann (s. g. Contumacirstunde).[12]

Erscheinen nun die Parteien zu der durch die Ladung bezeichneten Zeit, so werden die Verhandlungen aufgenommen und in der der Natur der Sache entsprechenden Ordnung so lange fortgesetzt, bis sie entweder zu ihrem Abschluß gelangen, oder vom Richter abgebrochen werden. An sich also ist es möglich, daß das Verfahren in einem Zuge zu Ende geht, allein es geschieht dies nur selten. Bald wird schon durch äußere Umstände eine Unterbrechung veranlaßt, z. B. durch die Länge der Verhandlung, bald durch die Bedenken des Richters, wenn eine Verfügung bevorsteht, zu der er sich nicht sofort entschließen kann,[13] am häufigsten aber durch die Bitte einer Partei, die sich durch einen gegnerischen Angriff überrascht fühlt, was vorzüglich leicht dann vorkommt, wenn nicht die Partei selbst, sondern für sie ein Vertreter erschienen ist. Mit dem Aussetzen des weiteren Verfahrens pflegt der Richter die Anberaumung eines neuen Termins zu verbinden, und beides zusammen wird Dilation (dilatio, differre cognitionem), so wie die bis zum nächsten Termin laufende Zeit induciae, und namentlich wenn der Aufschub von einer Partei der weiteren Deliberation oder Instruction wegen erbeten worden ist, induciae deliberatoriae[14] oder instructoriae[15] genannt. Schon nach römischem

---

in das Decret aufgenommen, und Anwendungen derselben finden sich in c. 2, 3 X. de lib. obl. (2, 3). Damit stimmen auch die K.G.O. von 1555 III. 12 §. 3, das Conc. von 1613 III. 12 §. 2 und der J. R. A. §. 34, 35, 37, 39 überein. A.M. rücksichtlich des C. R. ist Müchel: Das Verfahren bis zur L. C. im ordentl. can. C. Pr. S. 47 fg.

11) S. §. 66 Note 9.

12) Gemeinrechtlich ist eine bestimmte Stunde nicht festgesetzt; es kann gehandelt werden bis zur Dunkelheit. Vgl. c. 24 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29). In Ermangelung particularrechtlicher Vorschriften aber muß der Richter für befugt erachtet werden, eine Stunde zu bestimmen, und zwar entweder für den einzelnen Fall, oder ein für alle Mal; ist das Letztere geschehen, so gilt eben das im Text Gesagte. Als sicherer wird die ausdrückliche Bezeichnung der Contumacirstunde überall da zu betrachten sein, wo die Vertretung der Parteien durch öffentliche Procuratoren keine nothwendige ist.

13) Arg. l. 13 §. 4 D. de recept. (4, 8).

14) Vgl. c. 2 X. h. t. (2, 8).

15) Von einem „spatium instructionis exhibendae postulatum" ist schon in l. 1 C. h. t. (3, 11) die Rede. Im Uebrigen vgl. Durantis II. 1 de dilationibus, sub rubr.

und canonischem Recht können die Parteien so oft um Dilation nachsuchen, als es das Bedürfniß fordert („si hoc commoditatis ratio postulaverit"),[16] für die Einreden, für die Production von Zeugen und Urkunden, für den Gegenbeweis u. s. w.,[17] obschon immer nur zu einem bestimmten Zweck[18] und in einem bereits anberaumten Termin, so daß wenn sie causa cognita verweigert wird, das Verfahren seinen ungehinderten Fortgang nimmt, („ut, si forte dilationis petitio fuerit improbata, suscepta quaestio per sententiam judicis dirimatur").[19] Und es ist darum nicht auffallend, daß seit dem Aufkommen der schriftlichen Recesse die Parteien für berechtigt gehalten werden, aus jedem ihnen widerfahrenen Angriff den Anlaß zur Erbittung eines neuen Termins zu entnehmen, da eine schriftliche Erwiderung, wie sie ihnen jedenfalls frei steht, niemals sofort erwartet werden kann. Einen Beleg hierfür geben vor Allem die K. G. Ordnungen, nach denen sich das in schriftlichen Recessen verlaufende Verfahren in so viel einzelne Termine auflöst, als den Parteien einzelne Handlungen gestattet sind.

Doch aber verhält sich die Sache nicht so, als ob nur der erste Termin durch Ladung, alle späteren durch Dilationen anberaumt würden; auch im weiteren Verlaufe können Ladungen nothwendig werden. So namentlich 1. wenn der Richter das nach Lage der Sache bevorstehende Urtheil ausgesetzt, und weil er dasselbe bei einer Spruchbehörde einholen muß, oder für dessen Abfassung freie Zeit behalten will, nicht sogleich einen Publicationstermin anberaumt hat, 2. wenn die an den Oberrichter devolvirte Sache mit einem Interlocut remittirt worden ist, 3. wenn das

16) L. 6 C. h. t. (3, 11). Außerdem vgl. l. 1 C. eod., l. 7 D. h. t. (2, 12). Auch auf Gründe, welche im subjectiven Gefühle des Imploranten liegen, z. B. auf Familientrauer darf Rücksicht genommen werden. Vgl. l. 36 pr. D. de jud. (5, 1). Fälle, welche zur Ertheilung von Dilationen nicht geeignet sind, kommen in l. 2 C. h. t. (3, 11), c. 2, 3 X. h. t. (2, 8) vor. Andererseits soll, wenn in Folge der Ertheilung von Dilationen der Proceß verjährt ist, nach l. 26 §. 4 D. ex quibus causis maj. (4, 6) um Restitution gebeten werden können.

17) L. 7 D. h. t. (2, 12), l. 36 pr., l. 45 pr. D. de jud. (5, 1), l. 1, 2 C. h. t. (3, 11), c. 20 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29), c. 4 X. de proc. (1, 39), c. 7 X. de in int. rest. (1, 41), c. 1 X. ut lite non cont. (2, 6), c. 4 X. h. t. (2, 8), c. 13 in f. X. de rest. spol. (2, 13), c. 5 X. de dolo et cont. (2, 14), c. 62 X. de appell. (2, 28).

18) Dies ergibt sich aus l. 5, 10 D. h. t. (2, 12), l. 1 C. h. t. (3, 11). Die Ertheilung einer Dilation ohne einen bestimmten processualischen Zweck kommt allerdings auch vor, jedoch nur ausnahmsweise, z. B. wegen Familientrauer. Vgl. l. 36 pr. D. de jud. (5, 1).

19) L. 4. C. h. t. (3, 11), c. 2 X. h. t. (2, 8).

Verfahren gegen die Rechtssuccessoren einer Partei fortgesetzt werden soll, 4. wenn die Parteien einen anberaumten Termin circumducirt, oder das Verfahren bis auf Weiteres (z. B. zum Zweck von Vergleichsverhandlungen) sistirt haben, 5. wenn in einem Termin die zunächst zum Handeln berufene Partei erschienen und mit der von ihr erwarteten Handlung vorgegangen, die andere Partei aber ausgeblieben ist, 6. wenn eine Partei vor dem Eintritt des bevorstehenden Termins dessen Erstreckung (Prorogation) erbeten und erwirkt hat, — oder allgemein ausgedrückt, wenn der ins Stocken gerathene Gang der terminlichen Verhandlung wieder in Fluß gebracht werden muß.[20] Die neue Ladung wird dann bald ohne besonderen Antrag verfügt, wie in dem Fall unter 1., bald in Folge eines solchen, wie in den übrigen Fällen.

Diese neuen Ladungen nun müssen ganz den oben für die Ladung zum ersten Termin aufgestellten Anforderungen entsprechen, unterscheiden sich aber gleichwohl von den Dilationen mehr durch die Veranlassung und Form, als durch den Inhalt. Denn beide, Ladungen und Dilationen, enthalten den an die Parteien gerichteten Befehl, an einem bestimmten Tage vor Gericht zu erscheinen, und bei beiden steht die Fixirung dieses Tages in Ermangelung particularrechtlicher Normen[21] oder einer Einigung der Parteien zum Ermessen des Richters. Der Richter ist dabei an die speciellen Zeitbestimmungen, auf welche er hin und wieder von den gemeinrechtlichen Quellen verwiesen wird, nicht mehr gebunden;[22] er darf

20) Wegen der Schwierigkeiten, mit denen in einem sehr ausgedehnten Gebiet die Ladung verbunden sein kann, suchten die curia Romana und das R. K. Gericht auch in den genannten Fällen eine neue Ladung dadurch unnöthig zu machen, daß sie die erste Ladung auf die ganze Sache erstreckten (citatio ad totam causam s. generalis). Vgl. c. 5 in f. X. de in int. rest. (1, 41), c. 10 X. de dolo et cont. (2, 14) und dazu J. H. Boehmer: J. E. P. II. 3 §. 10, so wie Gaill: Obs. I. 51 nr. 10—13. Aus diesem Grunde sollten die Vollmachten der K. G. Procuratoren „nicht ad unum actum, sondern zu der gantzen Sachen gestellt" (§. 10 Note 16), außerdem auch mit der clausula heredum und clausula substitutionis versehen sein (§. 9 Note 41), so daß das Bedürfniß einer neuen Ladung nur dann eintreten konnte, wenn der Procurator verstarb, nachdem schon vorher dessen Substitut verstorben war. Vgl. Tafinger: Inst. jurispr. cam. §. 715. Damit aber die citatio ad totam causam durchführbar sei, mußten alle K. G. Procuratoren in allen Audienzen erscheinen. Vgl. Tafinger l. c. §. 217, 273.

21) Ueber das sächsische Recht vgl. Biener: Syst. proc. jud. I. §. 59, 60 not. 6, und über den Proceß des R. K. Gerichts das Conc. der K. G. O. von 1613 III. 10 §. 1 (wo über das frühere Recht Nachricht gegeben wird), §. 2—5, J. R. A. §. 36, 84, G. B. vom 13. Dec. 1659.

22) Gaill: Obs. I. 91 nr. 13, Zanger: Tr. de exceptionibus II. 6 nr. 6 (bei denen sich auch Nachweisungen über die italienische Doctrin finden),

nur den anzuberaumenden Termin weder zu kurz ansetzen,[23] noch zu weit hinausrücken, weil in jenem Falle die Appellation, in diesem die querela protractae justitiae begründet sein würde. Diese Schranke aber verhindert ihn nicht, einen bereits anberaumten Termin zu erstrecken (terminum prorogare[24]), d. h. an dessen Stelle einen anderen, ferner liegenden Termin zu setzen, und die Verfügung, welche sich auf jenen bezog, auf diesen zu übertragen.[25] Zu einer solchen Maaßregel schreitet er aus eigenem Antriebe, wenn er selbst verhindert ist, sonst aber — und dies ist das Gewöhnlichere — auf Ansuchen einer Partei und zwar der dabei interessirten Partei, wenn diese den Eintritt eines Umstandes bescheinigt, dessen wegen sie in dem angesetzten Termin nicht würde erscheinen oder wenigstens die ihr auferlegte Handlung nicht würde vornehmen können. Daß diese Bitte nur dann Berücksichtigung verdient und findet, wenn die Partei, von welcher sie ausgeht, an der Fristerstreckung interessirt, d. h. auf den Fall der Versäumung des zu erstreckenden Termins mit einem speciellen Contumacialnachtheil bedroht ist, wird in den Quellen zwar nicht ausdrücklich hervorgehoben, wohl aber vielfältig angedeutet und überall vorausgesetzt. Die rechte Verwendung dessen aber, was die Quellen über die Terminserstreckung, die Prorogation, enthalten, ist mit besonderen Schwierigkeiten verbunden, und deshalb muß Einiges zur Orientirung gesagt werden.

Die vom römischen Richter ertheilten Dilationen bezweckten nicht die Beschränkung, sondern lediglich den Vortheil der nachzusuchenden Partei, und verhinderten dieselbe nicht, von der auf den neuen Termin verschobenen Handlung auch noch später und bis zum Beschluß der Sache Gebrauch zu machen.[26] Da sie sonach mit

---

Ludovici: Einleitung zum C. Pr. c. 10 §. 9, Danz: Grundsätze §. 111, Glück: Commentar III. §. 228 Note 33, Biener l. c. I. §. 59 §. 3, Osterloh: Lehrbuch des gemeinen deutschen bürg. Pr. §. 103.

23) C. 1 X. h. t. (2, 8).

24) Im obigen Sinn ist dieser Ausdruck weder dem römischen noch dem canonischen Recht bekannt; dagegen spricht das c. 28 §. 4 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29) von „negotium prorogari“, und in verwandter Bedeutung ist in c. 4 pr. und c. 10 in f. (nach der ursprünglichen Fassung) X. eod. sogar von „diem prorogari“ und „terminum prorogari“ die Rede.

25) Hierzu ist der Richter selbst dann befugt, wenn er den Termin nach einer gesetzlichen Norm angeordnet hat. Nur die eigentlichen, im engeren Sinne so genannten Fatalien kann er nicht prorogiren, wie am Ende dieses §. gezeigt werden wird.

26) Ihre juristische Bedeutung wird in l. 3 C. h. t. (3, 11) einfach dahin bestimmt: „— eo usque judicis officium conquiescat, donec petiti temporis

keiner peremtorischen Auflage verbunden waren, so konnten sie aus dringenden Gründen wohl zum zweiten Mal ertheilt,[27] aber, wie es scheint, nicht vor ihrem völligen Ablauf erstreckt werden. Dagegen wurde der Verklagte, falls er den nach der Klagestellung an ihn ergangenen ersten Ladungen keine Folge geleistet hatte, und eben so jede Partei, welche nach der Litis Contestation ausblieb, unter Androhung des einseitigen Verfahrens, also peremtorisch geladen.[28] Hier lagen mithin, wenn der Geladene in dem anberaumten Termin zu erscheinen verhindert war, die vorhin bezeichneten Voraussetzungen einer Terminserstreckung vor, und dies ist in der That dadurch anerkannt, daß der fragliche Termin im Fall einer Verhinderung von selbst und ohne Zuthun des Richters hinausgeschoben, und das dennoch auf den einseitigen Beweis der gegenwärtigen Partei erfolgte Urtheil null und nichtig sein soll.[29] Daneben aber findet sich auch eine Excusation der nicht erschienenen Partei durch Procuratoren und negotiorum gestores erwähnt, welche bestimmt ist, den Richter mit den Gründen der Abwesenheit bekannt zu machen, und ihn vom weiteren Vorschreiten abzuhalten.[30] Der Gesichtspunct, der dabei obwaltete, war ohne Zweifel der, daß man beim Richter mehr Geneigtheit zur Sistirung des Verfahrens, als zur Annullation des Urtheils voraussetzen zu dürfen glaubte, zumal die Nichtigkeit des Urtheils nur dann angenommen wurde, wenn der das Erscheinen vor Gericht verhindernde Umstand ein unerwarteter und unabwendbarer war. Neben der noch heut zu Tage fortbestehenden unmittelbaren Wirkung solcher Hindernisse (Ehehaften) hatte demnach die Excusation im R. R. dieselbe Bedeutung, welche im heutigen Recht die Bitte um eine Terminserstreckung hat; sie hemmte den Eintritt des angedrohten Rechtsnachtheils in leichterer und umfassenderer Weise, als die gesetzliche Regel es that. Indeß ist weder ersichtlich, noch auch nur wahrscheinlich, daß sie zugleich die Anberaumung eines neuen Ter-

---

defluxerint curricula." Vgl. Brandis: Ueber den Zeitpunct, in welchem die Nachtheile des Ungehorsams eintreten, S. 18.

27) Die l. 10 D. h. t. (2, 12) scheint „in pecuniariis causis" überhaupt nur eine Dilation zuzulassen; die l. 7 D. eod. aber und die l. 1 C. h. t. (3, 11) schließen eine zweite Dilation nicht absolut aus („maxime si aliquid inopinatum emergat").

28) S. §. 49 Note 23, 24, 76—78.

29) S. §. 49 Note 117—119.

30) L. 71 D. de proc. (3, 3) [„Absens reus causas absentiae per procuratorem reddere potest"], l. 31 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5).

mins bewirkt habe, und sie darf daher mit dem heutigen Erstreckungsgesuch nicht ohne Weiteres identificirt werden.

Wesentlich dieselben Grundsätze finden sich auch im C. R. Obschon dieses insofern von anderen Voraussetzungen ausgeht, als es dem Richter gestattet, mit den Dilationen peremtorische Auflagen zu verbinden,[31] erkennt es doch eben so wie das R. R. an, daß Dilationen, mit denen peremtorische Auflagen nicht verbunden sind, aus zutreffenden Gründen zum zweiten Mal und öfter ertheilt werden können,[32] und eben darum zu Terminserstreckungen keinen Anlaß geben, daß ferner die an Ladungen und Dilationen geknüpften peremtorischen Auflagen in Folge überraschender Ereignisse von selbst ihre Kraft verlieren,[33] und daß es dessen ungeachtet für die nicht erscheinende Partei unter Umständen vortheilhaft ist, sich durch Andere wegen ihrer Abwesenheit excusiren zu lassen. Neu ist nur die Umbildung der Excusation in eine wahre Terminsverlegung. Dabei hat man von der unmittelbaren Wirkung der Ehehaften, für welche die Excusation etwas Gleichgültiges und Ueberflüssiges ist, gänzlich abzusehen, und Fälle zu unterstellen, in denen der Excusant entweder auf ein nicht als wahre Ehehafte zu betrachtendes Hinderniß Bezug nimmt, oder die in Bezug genommene wahre Ehehafte nicht vollkommen zu beweisen vermag. Während unter solchen Umständen die Excusation nach der Verwirklichung des angedrohten Rechtsnachtheils keine Berücksichtigung findet,[34] soll sie vorher eingebracht, wie aus einzelnen Entscheidungen geschlossen werden muß, nicht ausschließlich die Sistirung des Verfahrens, sondern gleichzeitig die Anberaumung eines neuen Termins zur Folge haben.[35] Sie stellt sich danach rücksichtlich der erforderlichen Begründung den peremtorischen Terminen gegenüber als dasselbe dar, was im Verhältniß zu einer ersten römischen Dilation die zweite ist (Note 32), und unbedenklich darf deshalb angenommen werden, daß wie dem Richter die Beurtheilung der

---

31) Vgl. c. 24 X. de off. et pot. jud. del. (1, 29), c. 9 X. de prob. (2, 19), c. 4 X. de except. (2, 25), und dazu §. 49 Note 85a—87, so wie Brandis a. a. O. (Note 26) §. 6.

32) C. 1 X. ut lite non cont. (2, 6).

33) C. 2 X. de procur. (1, 38), c. 10 (in der ursprünglichen Fassung), c. 18 X. de re jud. (2, 27), c. 7 §. 1 in VI. de sent. exc. (5, 11). Auch c. 44 X. de app. (2, 28) verb. „Quidquid autem contra citationem peremtoriam posset ab absente proponi" scheint hierher zu gehören.

34) C. 7 X. de in int. rest. (1, 41).

35) C. 7 X. de in int. rest. (1, 41), c. 4 X. h. t. (2, 8).

Gründe überlassen ist, aus denen sich die Ertheilung einer zweiten Dilation rechtfertigt, eben so das richterliche Ermessen auch über die Gründe der Terminserstreckung zu entscheiden hat. Bestimmteres enthält das C. R. darüber nicht, außer etwa daß der Consens des Gegners ein solcher Grund ist,[36] und daß der Implorant durch den von ihm angeführten Umstand nur am persönlichen Erscheinen, nicht auch an der Bestellung eines Procurator verhindert zu sein braucht, falls er nicht gerade die Auflage erhalten hat, entweder selbst zu erscheinen oder sich durch einen Procurator vertreten zu lassen.[37]

Hierüber nun sind im Ganzen auch die Reichsgesetze nicht hinausgegangen. Ihre auf diesen Gegenstand bezüglichen zahlreichen Vorschriften bezwecken zum größten Theile nichts Anderes, als die Beseitigung von Mißbräuchen, mit denen der reichsgerichtliche Proceß zu kämpfen hatte. Das ältere Verfahren war dieses. Nach der L. C. waren alle Termine peremtorisch.[38] Der angedrohte Rechtsnachtheil trat aber nicht ipso jure ein, sondern wurde in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Theorie auf Anruf des betreibenden Theils durch richterlichen Spruch realisirt.[39] Deshalb konnte der Theil, welcher eine Handlung vorzunehmen hatte, noch in dem dafür angesetzten Termin um „weitere Zeit und Dilation" bitten, wenn er „dessen rechtmäßige, erhebliche Ursachen sammt der Entschuldigung seines Ungehorsams alsbald nach beschehenem Anrufen — fürzubringen gefaßt" war. Und da es einer Bescheinigung der vorgetragenen Ursachen nicht bedurfte, so hatte die Bewilligung dieses zweiten,[40] und demnächst auch die eines dritten Termins keinen Anstand.[41] Ging aber auch der dritte Termin ohne Handlung vorüber, so mußten „kundliche" Entschuldigungsgründe vorgelegt werden, wenn jetzt nicht auf des Gegentheils Anrufen in contumaciis erkannt werden sollte.[42] Jedoch selbst nach Feststellung des Ungehorsams war die Nachsicht gegen den Ungehorsamen noch nicht erschöpft; es wurde schließlich ein s. g.

36) C. 28 §. 4 X. de off. et pot. jud. deleg. (1, 29) verb. „nisi forte partes consenserint, negotium prorogari."

37) C. 2 X. de proc. (1, 38) vgl. mit c. 6 X. de dolo et cont. (2, 14), aus welchem auch c. 45 X. de app. (2, 28) zu erklären sein möchte.

38) K. G. O. von 1508 tit. 3 §. 24.

39) S. §. 49 Note 65.

40) K. G. O. von 1538 §. 3, 4, von 1555 III. 10 §. 4, 5.

41) K. G. O. von 1538 §. 5, von 1555 III. 10 §. 6, 7.

42) K. G. O. von 1538 §. 6, von 1555 III. 10 §. 8.

terminus praejudicialis, d. h. ein kurz gesteckter Termin mit bedingt ausgesprochener Präclusion („sub comminatione soliti praejudicii“) angesetzt, dessen Ablauf die rückständige Handlung von selbst und definitiv ausschloß.[43] Wie nachtheilig dieses Verfahren auf den Fortgang der Sachen wirkte, und wie belästigend es für das Gericht war, welches durch die Beschäftigung mit diesen kleinen Angelegenheiten von den Hauptsachen abgelenkt wurde, begreift sich leicht.[44] Seine schwache Seite aber hatte es in der unbescheinigten Zulassung der Excusationen, und gegen diese richtete sich daher zunächst der R. A. von 1570 §. 86, indem er die Excusationen ganz beseitigte, und nur zwei Termine bestehen ließ, den für die vorzunehmende Handlung von vornherein bestimmten ersten, welcher finaliter angesetzt sein sollte (daher terminus finalis genannt), und den Präjudicialtermin.[45] Noch straffer aber wurde der Gang des Verfahrens dadurch zusammengefaßt, daß der R. A. von 1594 §. 51—53, einen schon früher gemachten Versuch[46] wieder aufnehmend, gleich den ersten Termin zum terminus praejudicialis machte,[47] dergestalt, daß mit dessen Ablauf der Gegentheil „schon ein jus und praejudicium erlangte“, und „was auch für Ursachen vorbracht oder bescheinet, jedoch citra medium restitutionis causa cognita et auditis partibus, dardurch der Partei nit geholfen werden“ konnte.[48] Hiermit waren freilich Gesuche um Terminserstreckung, oder wie die Reichsgesetze sich ausdrücken, um Prorogation, wenn vor dem Ablauf des Präjudicialtermines eingebracht, nicht ausgeschlossen, und eine gründliche Abstellung der wahrgenommenen Mißbräuche war daher nur dann erreicht, wenn

43) Vgl. über diesen Schlußtermin das Conc. der K. G. O. von 1613 III. 10 §. 1, und dazu Brandis a. a. O. (Note 26) S. 96. Mit Ablauf jenes Termins sagte man, der Termin sei purificirt, oder auch das Präjudicium sei purificirt.

44) Klagen darüber finden sich in dem V. A. von 1567 §. 1, 2.

45) Vgl. auch den R. A. von 1576 §. 54.

46) Eines solchen schon im Jahr 1568 durch die Commissarien und Visitatoren angeordneten Versuchs erwähnen Kammerrichter und Beisitzer in einem am 18. Mai 1577 präsentirten Bericht, terminum praejudicialem anlangend, pr., §. 4. Dieser Anordnung trat aber der R. A. von 1570 §. 86 entgegen. Dann wurde derselbe Versuch von den Visitatoren in den Jahren 1577 und 1578 wiederholt — vgl. Vis. Mem. Jud. Praes. et Ass. von 1577 §. 29, von 1578 §. 13 —; zur bleibenden Einrichtung jedoch wurde er erst durch den im Text erwähnten R. A. von 1594 erhoben.

47) Vgl. auch Dep. A. von 1600 §. 85, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 10 pr., §. 3, J. R. A. §. 97, Vis. A. von 1713 §. 52.

48) Dep. A. von 1600 §. 84, 85, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 10 §. 10, G. B. vom 7. Juni 1636.

es mit der Begründung solcher Gesuche ernst genommen wurde. Darin aber versah man es anfänglich, indem man die erste Prorogation „auch ohne Vermeldung (geschweige denn Bescheinigung) einiger erheblicher Ursachen" ertheilte.[49] Erst der J. R. A. machte es dem R. K. Gericht zur Pflicht, auf diesen Punct besser Acht zu haben, und schon die erste Prorogation nicht anders als auf Grund eines Hindernisses zu bewilligen, das entweder in sich selbst glaubwürdig, oder aber genügend und nöthigenfalls durch einen Eid bescheinigt sei,[50] auch regulariter über ein Mal keine Prorogation zu gewähren, außer „vermittels genugsamer Bescheinigung der Special-Anzeig der Verhinderung."[51] Und so zum Abschluß gelangt kehrte die Entwickelung endlich zu dem oben aus dem C. R. abgeleiteten Satz zurück, daß die erste Prorogation einem peremtorischen Termine gegenüber eben so viel bedeute, wie die zweite Dilation des R. R. gegenüber der ersten.

Dem Proceß des R. K. Gerichts waren indeß auch wiederholte Dilationen im Sinne des R. R. bekannt, und die darauf bezüglichen Bestimmungen sind irriger Weise von den Neuern mitunter gleichfalls in der Lehre von den Prorogationen benutzt worden. Das römische und canonische Recht hatten nämlich vorgeschrieben, daß eine Partei, welche öfter als drei Mal Zeugen produciren wolle, einen Eid dahin abzuleisten habe, daß sie weder den Inhalt der früheren Aussagen kenne, noch der neuen Zeugen früher habe habhaft werden können,[52] und die Reichsgesetze hatten nach dem Vorgang der italienischen Juristen[53] daraus gefolgert, daß für eine jede neue Zeugenproduction auch eine neue Dilation erbeten werden dürfe.[54] Diese wiederholten dilationes probatoriae nun, die sich von den Prorogationen darin unterschieden, daß sie nicht nothwendig[55] demselben Zwecke, sondern nur einem

49) So drückt sich der in Note 46 angeführte Bericht des R. K. Gerichts von 1577 §. 7 in Beziehung auf den damaligen Präjudicialtermin aus, welchem der terminus finalis vorausging. Daß es später, nachdem der terminus finalis weggefallen war, eben so gehalten wurde, ersieht man aus dem Dep. A. von 1600 §. 84 und dem Conc. von 1613 III. 10 §. 9, wo die Bescheinigung genugsamer Ursachen nur für die prorogationes prorogationum gefordert wird.

50) J. R. A. §. 38, 97, Vis. A. von 1713 §. 52.

51) J. R. A. §. 103, Vis. A. von 1713 §. 52.

52) Nov. 90 c. 4, c. 15, 36, 55 X. de test. (2, 20), und dazu §. 30 Note 41, 46 in f.

53) S. die Nachweisungen bei Gaill: Obs. I. 91 nr. 4.

54) K. G. O. von 1508 tit. 1 §. 12, von 1527 §. 17, von 1555 III. 11. §. 5, 16 §. 6.

55) Obschon möglicher Weise, wenn nämlich die vorausgegangene Dilation unbenutzt geblieben war.

gleichartigen Zwecke dienten, wurden ganz nach R. R. beurtheilt, welches ja allgemein gestattet hatte, daß aus triftigen Gründen dieselbe Dilation mehr als einmal ertheilt werde, und es wäre deshalb angemessen gewesen, wenn man von einer Prorogation der Beweisdilationen Abstand genommen hätte („quia superest secunda et tertia, imo quarta [dilatio], quando de justo impedimento constat“ [56]). Die ältere Reichsgesetzgebung aber dachte anders; sie ließ nicht nur die Prorogation der einzelnen Dilationen zu, sondern forderte auch für die ferneren Dilationen (abgesehen von der vierten, rücksichtlich deren sie es bei der solennitas legalis der gemeinen Rechte bewenden ließ) und eben so für die Prorogation derselben Nichts weiter, als eine bloße Anzeigung genugsamer Ursachen und Verhinderung, keine Bescheinigung.[57] Der Dep. A. von 1600 §. 132 dagegen beschränkte die Prorogation auf die vierte Dilation, und der J. R. A. §. 50 verfügte weiter, daß die zweite Dilation nicht ohne umständliche und glaubhafte Anzeig angewendeten genugsamen Fleißes und vorgefallener Verhinderung ertheilt werden solle, bei der dritten aber diejenigen requisita und Solennitäten der Rechte in Acht zu nehmen seien, die bisher bei der vierten üblich gewesen. Alle diese Vorschriften indeß finden im heutigen auf das Eventualprincip gegründeten Beweisverfahren keine Anwendung; sie waren hier mehr nur zur Abwehr eines falschen Gebrauchs zu erörtern.

Mit Vorsicht muß aber auch das benutzt werden, was die Reichsgesetze über die Prorogationen enthalten, weil dabei die besonderen Verhältnisse des R. K. Gerichts und die Eigenthümlichkeiten seines Processes in Betracht kommen. So kann die reichsgesetzliche Vorschrift, wonach „die procuratores prorogationes prorogationum vor sich selbst einander nicht zulassen, sondern dieselbe jederzeit zu richterlicher Erkänntniß setzen“ sollen, auf gemeinrechtliche Geltung keinen Anspruch machen; sie engt die aus dem Proceßmandat entspringenden Befugnisse in ganz singulärer Weise ein, lediglich um eine unter den K. G. Procuratoren eingerissene Unsitte so wirksam als möglich zu bekämpfen.[58] Obgleich aber

---

56) So sagt Gaill: Obs. I. 91 nr. 2.

57) Dies ergibt sich schon aus den Stellen der Note 54, wird aber vom Dep. A. von 1600 §. 131 noch ausdrücklich wiederholt und bestätigt.

58) Vgl. Vis. Mem. Adv. et Proc. vom 20. Mai 1575 §. 10, R. A. von 1594 §. 52, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 10 §. 13.

ferner auch die Präjudicialtermine dem gemeinen Rechte fremd sind, welches im Falle der Nicht-Handlung den Eintritt des angedrohten Rechtsnachtheils von der declaratio contumaciae oder einer sonstigen, den Fortschritt des Verfahrens bezweckenden Verfügung des Richters abhängig macht,[59] so wird dieser Unterschied im mündlichen Verfahren doch kaum zu verschiedenen Resultaten führen. Denn nach der gemeinrechtlichen Praxis schreitet der Richter gegen die ungehorsame Partei auf Anruf des Gegners sogleich in dem versäumten Termin vor, und spätestens in diesem Termin kann er daher das Prorogationsgesuch zulassen, eben so wie nach den Reichsgesetzen,[60] welche ganz consequent dem Imploranten nicht einmal gestatten, die erforderliche Bescheinigung post terminum nachzubringen.[61] Daß aber, wenn der Abschlag der rechtzeitig erbetenen Prorogation erst nach jenem Termin erfolgt, inzwischen die rückständige Handlung nicht noch vorgenommen werden kann, erklärt sich nach den Reichsgesetzen aus der rückwärts eintretenden Purification des Präjudicialtermins,[62] nach gemeinem Recht aus dem Mangel eines dazu offenstehenden Termins.

Im Uebrigen ist noch Folgendes zu bemerken. Das Hinderniß, welches die Prorogation rechtfertigen soll, muß, wenn es dem Gericht nicht ohnehin bekannt ist, gleich in dem Prorogationsgesuch bescheinigt sein, oder wenigstens innerhalb der übrigen Zeit bescheinigt werden,[63] wozu auch ein zuvor angebotener Calumnieneid tauglich ist.[64] Die Vernehmung des Gegners aber findet nur dann Statt, wenn das Gesuch in dem zu erstreckenden Termin selbst, nicht, wenn es vorher gestellt wird. Daß am R. K. Gericht auch in letzterem Falle der Gegner gehört wurde,[65] war ohne Beschwerde deshalb möglich, weil sämmtliche K. G. Procuratoren in jeder Audienz gegenwärtig sein mußten,[66] was in den heutigen Territorialgerichten nicht der Fall zu sein pflegt. Die Bewilligung des neuen

59) S. §. 49 Note 65.

60) G. B. vom 7. Juli 1590 §. 1 in med., Dep. A. von 1600 §. 84, 85, Conc. von 1613 III. 10 §. 10, 19, G. B. vom 7. Juli 1636, J. R. A. §. 97.

61) Dep. A. von 1600 §. 84, Conc. von 1613 III. 10 §. 9.

62) Vis. Mem. Jud. Praes. et Ass. vom 20. Mai 1575 §. 9, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 10 §. 15.

63) Vis. A. von 1573 §. 5, Conc. von 1613 III. 10 §. 14.

64) Außer den Stellen der vorigen Note vgl. J. R. A. §. 38.

65) Dies wird überall vorausgesetzt, wenn auch nicht geradezu als Regel aufgestellt.

66) S. Note 20 a. E.

Termins aber geschieht immer, mag es gesagt werden oder nicht, eben weil sie die Verlegung des ursprünglichen Termins ist, unter dem für diesen geltenden Präjudiz,[67] und kommt, wenn von beiden Theilen eine Handlung (z. B. der Beweisantritt, die Production von Zeugen u. s. w.) vorzunehmen ist, in gleicher Weise beiden zu Gute.[68]

Schließlich entsteht noch die Frage, wie der neue Termin berechnet werde, wenn er mit Bezugnahme auf einen vorausgehenden Zeitpunct bezeichnet worden ist, und diese Frage führt zu einer bis hierher aufgeschobenen Betrachtung über die Bestimmung der Termine im Allgemeinen zurück. Es hat sich hierfür ein zwiefacher Modus ausgebildet. Nach dem einen wird der anzuberaumende Termin absolut, d. h. als Kalendertag bestimmt, nach dem anderen relativ, d. h. als der Schlußtag (terminus) eines Zeitraums, welcher bei Ladungen vom Tage ihrer Insinuation, bei Dilationen vom Tage ihrer Bewilligung an, jedoch mit Ausschluß dieses Tages, zu laufen beginnt. Angewandt auf Dilationen führen nun zwar beide Arten der Bezeichnung zu demselben Resultat. Wird in einem Termin ein neuer Termin auf den 30. Tag bewilligt, so kann der Richter berechnen, welcher Kalendertag dies ist, und eben so gut den Kalendertag selbst benennen. Bei Ladungen dagegen besagt die relative Bestimmung des Termins, weil sie von dem in der Zukunft liegenden, ungewissen Zeitpunct der Insinuation ausgeht, etwas Anderes, als die absolute, und es ist daher nicht gleichgültig, welcher der beiden Formen sich der Richter bedient. Die absolute hat den Nachtheil, daß in Folge der Verzögerung der Insinuation die dem Geladenen zur Deliberation erforderliche Zeit möglicher Weise allzu sehr abgekürzt wird. Wenn deshalb aber die Reichsgesetze der relativen Bestimmung den Vorzug gaben,[69] so mußten sie erstens schon eine Ausnahme für die Ladung mehrerer Litis Consorten, „die nicht an einem Ort gesessen", statuiren, und hier, damit kein Zweifel entstehe, „so die Verkündigung nicht eines Tages geschieht, ob der Rechtstag nach der ersten oder andern nachfolgenden Verkündigung" zu berechnen sei, die Ansetzung eines „be-

67) R. A. von 1594 §. 51 in f., Conc. von 1613 III. 10 §. 17, 19.

68) Arg. l. 6 §. 1 C. de temp. in int. rest. (2,53). Vgl. Heffter: System §. 198 Note 66.

69) K. G. O. von 1496 tit. 1, von 1500 tit. 26, von 1555 III. 12 §. 4, Conc. von 1613 III. 12 §. 4, J. R. A. §. 36. In ähnlicher Art wurde im R. R. der Introductionstermin bestimmt. Vgl. §. 56 Note 18, 19.

raumten und **benannten** Tags" vorschreiben.[70] Sodann aber mußten sie zweitens Vorsorge treffen, daß die Ladung nicht ungültig werde, falls der Schlußtag ein Ferientag wäre; es sollte für diesen Fall gleich in der Ladung die Verschiebung des Termins auf den nächstfolgenden Gerichtstag angeordnet werden.[71] Allein trotz dieser Vorsicht hat sich der relative Modus in den Territorialgerichten nicht einzubürgern vermocht. Denn immer noch hat er den Umstand gegen sich, daß er dem Richter eine zweckmäßige Vertheilung der Geschäfte und Geschäftstage unmöglich macht, womit verglichen der der absoluten Bestimmung der Termine anhaftende Nachtheil unbedeutend erscheint. Die absolute Bestimmung ist demnach in den Territorialgerichten ziemlich allgemein adoptirt worden.

Dieselbe Verschiedenheit des Modus nun, welche bei Anberaumung des ersten Termins vorkommt, kehrt auch bei der Prorogation wieder, und es entsteht daher die oben bereits aufgeworfene Frage, von welchem Anfangspunct auszugehen sei, wenn der Richter den neuen Termin relativ bestimmt hat, ohne das Ereigniß, von welchem ausgegangen werden soll, ausdrücklich zu bezeichnen. Genau genommen ist dies eine Interpretationsfrage. Da aber der concrete Fall nur ganz ausnahmsweise specielle Interpretationsmomente an die Hand gibt, so kommt es darauf an, festzustellen, was in Ermangelung anderer Anhaltspuncte als der Wille des Richters zu präsumiren sei. Und in dieser Beziehung ist entscheidend, daß die Prorogation eine Verlegung des ursprünglich angesetzten Termins ist, mithin den diesem voraufgehenden Zeitraum verlängern soll. Im Zweifel werden demnach beide Zeiträume zusammenzurechnen, oder was dasselbe ist, der Endpunct (terminus) des früheren als der Anfangspunct des neu bewilligten Zeitraums zu betrachten sein.[72]

2. In dem **schriftlichen** Verfahren, dem Schriftenwechsel, kommt etwas den Dilationen Aehnliches nicht vor. Vielmehr wird, so oft die Handlung der einen Partei eine Gegenäußerung der anderen Partei nothwendig macht, für deren Exhibition ex officio

---

70) S. die Stellen der vorigen Note mit Ausnahme der letzten.

71) Vgl. §. 66 Note 66.

72) Hiermit stimmt die Praxis des R. K. Gerichts überein. Vgl. Dub. cam. von 1583 §. 5, G. B. vom 3. Oct. 1583, **Conc.** von 1613 III. 10 §. 23. S. auch **Heffter**: System §. 198 a. E.

eine Frist anberaumt, und die dieserhalb vom Richter ausgehende Auflage hat ihre Analogie und ihr Vorbild in der Ladung.[73] Sie muß wie diese eine genaue Bezeichnung des erkennenden Gerichts, der Person des Adressaten und der betreffenden Rechtssache enthalten, muß, wenn die Mittheilung nicht schon früher geschehen ist, von einer Abschrift oder dem duplum der in Bezug genommenen Eingabe sammt deren sachlich relevanten Anlagen begleitet sein,[74] und muß ordnungsmäßig insinuirt werden. Ueberhaupt unterscheidet sie sich von der Ladung nur dadurch, daß sie für die vorzunehmende Handlung nicht einen Termin, sondern eine Frist ansetzt, und was darin liegt, ist gleich im Eingange dieses §. hervorgehoben worden. Nicht so aber ist dieser Unterschied zu verstehen, als ob die Anberaumung der Fristen selbst nach anderen Gesichtspuncten geschehe, als die Ansetzung der Termine; in beiden Beziehungen gelten vielmehr ganz gleiche Regeln. So wird die Dauer der Fristen, wofern sie nicht etwa particularrechtlich auf ein gewisses Maaß gesetzt ist (s. g. Ordnungsfristen), durch das richterliche Ermessen festgestellt,[75] und die einzelne Frist wird wie bei der relativen Bestimmung der Termine als ein beweglicher Zeitraum geordnet, welcher mit der Insinuation, d. h. mit dem der Insinuation folgenden Tage zu laufen beginnt,[76] und den letzten Tag noch ganz in sich schließt, also civiliter berechnet wird.[77] Auch ist unter Voraussetzung eines bescheinigten Verhinderungsgrundes und bis zum Verfall der Contumacialstrafen die Prorogation der Frist gestattet, mit dem Erfolge, daß die alte und die bewilligte neue Frist zusammengerechnet werden, oder was dasselbe ist, daß die neue da anfängt, wo die alte aufhört.[78]

An allen in die Frist fallenden Tagen nun, jedoch natürlich nur während der Tageszeit und in den Geschäftsstunden des zur Annahme der eingehenden Schriften bestellten Beamten (regelmäßig des Actuarius),[79] so wie mit Ausnahme der Sonn- und hohen

---

73) Vgl. das in §. 67 im Text zu Note 22—25 Bemerkte.
74) S. Note 9, 10.
75) S. Note 22.
76) Vgl. c. 1 pr. in VI. de rest. spol. (2, 5), c. 1 in VI. de exc. (2, 12), und dazu das im Text vor der Note 69 Gesagte.
77) Vgl. Savigny: System IV. S. 413 fg. (welcher auch Verweisungen auf andere Schriftsteller gibt), Hölder: Die Theorie der Zeitberechnung nach R. R., Gött. 1873, S. 62 fg., 123 fg.
78) S. Note 72.
79) Vgl. Bickell in der Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen I. S.70.

Festtage,[80] kann die schriftliche Handlung, für welche die Frist gesteckt ist, bei Gericht übergeben, und vor Ablauf des letzten Tages die Contumacia der säumigen Partei nicht accusirt werden.[81] Selbst die accusatio contumaciae aber macht die Einbringung der rückständigen Handlung gemeinrechtlich noch nicht unmöglich, sondern erst die declaratio contumaciae oder eine andere den Ungehorsam unterstellende Verfügung.[82]

Das Gesagte gilt übrigens nur von den richterlichen Fristen. Neben diesen gibt es eine Art von Fristen, welche außerhalb des regelmäßigen Verlaufs des Verfahrens liegen, und nicht bloß im schriftlichen, sondern auch im mündlichen Verfahren vorkommen können, die s. g. Fatalien. Es gehören dahin die 15tägige Frist, an welche das C. R. den Beweis der dilatorischen exc. spolii bindet,[83] und alle Fristen, welche der Appellant und die mit der querela nullitatis sanabilis auftretende Partei in der unteren Instanz wahren müssen, um die Devolution des ergriffenen Rechtsmittels an den Oberrichter zu sichern, nämlich die 10tägige Interpositionsfrist, die auch auf das bloß suspensive Rechtsmittel der Revision übertragen worden ist, das 30tägige tempus petendi apostolos und das nach den Reichsgesetzen zu beobachtende 30tägige tempus requirendorum actorum. Das Eigenthümliche dieser Fristen besteht darin, daß sie von selbst und ohne richterliche Anordnung zu laufen beginnen, daß sie keine Prorogation zulassen,[84] und daß mit ihrem Ablaufe die innerhalb derselben vorzunehmende Handlung ipso jure ausgeschlossen ist,[85] nicht aber auch darin, wie die Praxis

80) S. §. 66 Note 63.

81) S. §. 49 S. 621.

82) S. §. 49 Note 65.

83) C. 1 pr. in VI. de rest. spol. (2, 5): „— intra quindecim dierum spatium (post diem, in quo proponitur), quod adserit, comprobabit, alioquin in expensis, quas interim actor ob hoc fecerit (judiciali taxatione praehabita) condemnetur, alias (si judici aequum visum fuerit) puniendus." Von ähnlicher Art war die achttägige Frist, binnen welcher nach C. R. die exc. excommunicationis bewiesen werden mußte. Vgl. c. 1 in VI. de exc. (2, 12), und dazu c. 12 X. eod. (2, 25), c. 1 Clem. eod. (2, 10).

84) Vgl. über das decendium interponendae appellationis §. 55 Note 16, 17. Rücksichtlich der anderen Fatalien fehlt es an ausdrücklichen Zeugnissen; man hat aber die Analogie des decendium und den allgemeinen Gesichtspunct als entscheidend betrachtet, daß der Richter ohne gesetzliche Autorisation Fristen nicht prorogiren könne, welche nicht er, sondern das Gesetz angeordnet habe.

85) Ueber die Interpositionsfrist vgl. §. 55 Note 12, über das tempus petendi apostolos §. 55 Note 44, und über das tempus requirendorum actorum §. 55 Note 48. Rücksichtlich der Frist der exc. spolii (Note 83) muß die Analogie in Bezug genommen werden.

vielfältig angenommen hat, daß sie naturaliter, i. e. a momento ad momentum berechnet werden.[86] Der heut zu Tage für sie gebräuchliche Ausdruck „Fatalien" aber hat im R. R., dem er entlehnt ist, eine etwas andere Bedeutung. Dies fatales werden im Codex diejenigen Tage genannt, an denen die Appellation bei dem Oberrichter introducirt werden mußte.[87] Sie bezeichneten keine Frist, sondern einen mehrtägigen Termin, welcher zwar gleichfalls gesetzlich angeordnet und durch das Präjudiz des ipso jure eintretenden Verlustes der Appellation sicher gestellt war,[88] der aber doch insofern eine Verlegung zuließ, als er sich von selbst drei Mal um einen Monat hinausschob, und schließlich noch durch Reparation des Princeps um drei Monate erstreckt werden konnte.[89] In dieser Beziehung waren also die dies fatales nicht so eng begrenzt, wie die gewöhnlich so genannten Fatalien. Noch entschiedener aber tritt diese Differenz in den Reichsgesetzen hervor, obwohl dieselben nicht mehr einen Termin, sondern gleichfalls eine Frist, und zwar die sich mit dem Introductionstermin abschließende Frist als fatalia introducendae appellationis bezeichnen.[90] Denn erstlich soll gesetzlich dem Appellanten eine Frist für die Introduction nur dann laufen, wenn der Unterrichter die Anberaumung einer solchen versäumt hat,[91] und sodann ist dem Oberrichter gestattet, nicht bloß die anberaumte, sondern auch die gesetzliche Introductionsfrist nach den gewöhnlichen Regeln zu prorogiren.[92] Die Gestattung der Prorogation insbesondere ist in die neuere Praxis übergegangen, und sie begründet mithin zwischen den fatalia introducendae appellationis und den übrigen s. g. Fatalien einen wesentlichen Unterschied. Aehnlich verhielt es sich nun auch mit der einjährigen Frist, binnen welcher nach römischem und canonischem Recht die

86) In gleichem Sinne hat sich bereits der §. 55 Note 10 ausgesprochen. Daß die entgegenstehende Praxis nicht begründet ist, beweist Savigny: System IV. S. 415, und daß sie keine allgemeine Geltung hat, ersieht man aus den Bemerkungen Bickell's a. a. O. (Note 80) I. S. 70.

87) L. 32 pr. C. de appell. (7, 62), l. 2, l. 5 §. 1, 4, 6 C. de temp. et reparat. (7, 63).

88) L. 2 §. 1, 2, l. 5 §. 1 C. eod. (7, 63). Dieses Präjudiz ist auch in das C. R. und die Reichsgesetze aufgenommen worden. Vgl. c. 4, 5, 26, 33, 44, 61 X. de app. (2, 28), c. 3 Clem. eod. (2, 12), J. R. A. §. 67.

89) S. §. 56 Note 18, 19.

90) Vgl. die Stellen der Note 92.

91) S. §. 56 Note 29.

92) R. A. von 1594 §. 88, 89, J. R. A. §. 67. Ueber die Prorogation mit Zustimmung des Gegners vgl. c. 4 Clem. de appell. (2, 12).

introducirte Appellation durchgeführt werden mußte. Auch sie begann von selbst vom Tage der Interposition an zu laufen, und war für die Appellation präjudicirlich, konnte aber aus triftigen Gründen auf zwei Jahre erstreckt werden.[93] Jedoch wird diese Frist heut zu Tage nicht mehr beobachtet.

Von der Ordnung der Proceßhandlungen.*

§. 69.

Soweit die Handlungen der Parteien durch richterliche Verfügungen hervorgerufen werden, reihen sie sich, wie gezeigt, in Termine und Fristen ein, und es muß jetzt noch untersucht werden, in welcher Ordnung sie dies thun. Dabei ist von untergeordneter Bedeutung, daß die Termine, obschon immer nur für die zunächst bevorstehenden Handlungen anberaumt, doch auch für die nachfolgenden offen stehen, während die einzelnen Fristen in derselben Ordnung wechseln, in welcher successive die einzelnen Handlungen auf einander folgen. Die Ordnung der Parteihandlungen ist deshalb im schriftlichen Verfahren keine andere, als im mündlichen.

Um nun die Principien zu bestimmen, auf denen die Ordnung des Verfahrens beruht, muß man eine zwiefache Art der Beziehung der Parteihandlungen auf einander unterscheiden.

1. Unter den Handlungen, welche in einem Processe vorkommen, gibt es zunächst solche, von denen die eine die andere voraussetzt, die also in einem Bedingungsverhältniß zu einander stehen. Dies gilt nicht bloß von Handlungen der einen Partei im Verhältniß zu denen der anderen, sondern auch von Handlungen, welche jede Partei für sich vorzunehmen hat. Es ist nicht bloß die Klage bedingend für die Einrede, die Einrede für die Replik, die Behauptung einer Thatsache für das Leugnen derselben, das Leugnen für den Beweis u. s. w.; bedingend ist auch die Klage für die Replik, die Behauptung einer Thatsache für deren Beweis, der Beweisantritt für die Production der Beweismittel u. s. w. Soll nun die Ordnung des Verfahrens diesem Verhältniß entsprechen, so muß

93) L. 5 §. 4 C. de temp. et repar. (7, 63), nov. 49 praef. §. 1 (vgl. auch nov. 93 c. 1), c. 41 pr. C. 2 qu. 6, c. 5 (vgl. auch c. 8), 45, 57 X. de app. (2, 28), c. 3 Clem. eod. (2, 12).

*) Albrecht: Die Ausbildung des Eventualprincips im gemeinen C. Pr., Marburg 1837. Menger: System des österreichischen C. Pr. R. S. 352 und die daselbst in Note 1 angeführte Literatur, S. 317 fg.

die bedingende Handlung der bedingten vorausgehen, die bedingte der bedingenden nachfolgen, und die hieraus sich ergebende Stufenreihe für die richterliche Proceßleitung wenigstens im ordentlichen Verfahren den leitenden Gesichtspunct bilden. Dies ist das Princip der Reihenfolge.[1] Der Richter darf danach den Parteien nicht gestatten, eine bedingende Handlung nach der bedingten vorzunehmen, und ihnen eben so wenig zumuthen, eine bedingte Handlung vor der bedingenden zu vollziehen, wogegen es den Parteien nicht verwehrt sein kann, gewissermaßen ein Uebriges zu thun, und eine Handlung zu anticipiren, welche erst später an der Reihe sein würde.[1a]

2. Auf der anderen Seite können in einem Processe Handlungen vorkommen, welche nicht von einander abhängig sind, sondern selbständig demselben nächsten Zwecke dienen, also unter sich concurriren. Handlungen dieser Art sind bald gleichartig, bald ungleichartig. Gleichartig sind mehrere Klagthatsachen, deren jede für sich die Klagbitte begründet, mehrere Einreden, dilatorische und peremtorische, mehrere Repliken, mehrere Beweismittel u. s. w. Ungleichartig, d. h. von processualisch verschiedenartigem Character, sind das Leugnen und der selbständige Gegenangriff, die Beweiseinrede und der Gegenbeweis u. s. w. Dabei ist jedoch von solchen Handlungen abzusehen, welche zusammentreffen müssen, damit ein bestimmter Zweck, sei es überhaupt oder doch vollständig erreicht werde, wie z. B. mehrere Behauptungen zur Begründung der Klage erforderlich sind, wenn das Klagfundament ein zusammengesetztes ist, und mehrere Einreden zur Elision der Klage, wenn dieselben einzeln sich nur auf einen Theil des Klaganspruchs beziehen. Diese zusammengehörigen Handlungen werden, weil sie sich gemeinsam einem Zweck unterordnen, in formeller Hinsicht wie eine einzige Handlung angesehen. Da, wo von einer wirklichen Concurrenz die Rede sein soll, sind Handlungen zu unterstellen, von denen, ihre Wirksamkeit vorausgesetzt, schon eine einzige genügt, um den ihnen gemeinsamen Zweck zu erreichen. Stehen einer Partei concurrirende Angriffs- oder Vertheidigungsmittel dieser Art auf irgend

---

1) Die hiergegen erhobenen Einwände Menger's a. a. O. S. 323 Note 1 sind völlig haltlos.

1a) Vgl. Albrecht a. a. O. S. 12, 13. Auch gibt es Fälle, in welchen, wie unten in §. 71 zu zeigen ist, den Parteien die gleichzeitige Vornahme von bedingenden und bedingten Handlungen angesonnen wird.

einer Stufe des Verfahrens zu Gebote, so dürfen sie sämmtlich benutzt werden, ohne daß eines das andere ausschließt. Schon das R. R. hat ausgesprochen, daß in dem Gebrauch einer Einrede kein Geständniß der Klagthatsachen,[2] in dem Leugnen der Klagthatsachen kein Verzicht auf die Einreden,[3] in dem Gebrauch einer Einrede kein Verzicht auf andere gefunden werden könne.[4] In der That ist es denn auch nicht widersprechend, daß man den Empfang eines Darlehns leugnet und daneben behauptet, Zahlung geleistet zu haben, da auch eine Nichtschuld gezahlt werden kann, oder daß man sich auf die Zahlung und daneben auf einen Verzicht beruft, da sehr häufig zur größeren Sicherheit des Schuldners nach erfolgter Zahlung noch ein Verzicht (etwa durch die Erklärung, daß man Nichts mehr zu fordern habe) ausgesprochen wird. Nur wo die eine Handlung der anderen absolut widerstreitet, muß natürlich etwas Anderes gelten.[5] Unvereinbar ist z. B. das Leugnen des vom Kläger behaupteten Kaufvertrags mit der Berufung auf dicta et promissa, das Leugnen der äußerlichen Vertragsschließung mit der Berufung auf einen Irrthum über das Object,[6] die Einrede der Stundung mit der Einrede der Verjährung.[7] Wie aber solche

---

2) L. 9 D. de except. (44, 1). Vgl. auch c. 6 X. eod. (2, 25), c. 63 in VI. de R. J. (5,13), und Goldschmidt: Ueber Litiscontestation und Einreden, vorzüglich in Hinsicht auf die Frage, inwiefern peremt. Einreden ein Geständniß der Klage enthalten, Frankf. a. M. 1812.

3) L. 43 pr. D. de R. J. (50, 17): „Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impediat." — Der Schluß dieser Stelle scheint sich auf die Ausnahmen der Note 8 zu beziehen.

4) L. 5 D. de except. (44, 1) [„Is qui dicit se jurasse, potest et aliis exceptionibus uti cum exceptione jurisjurandi, vel aliis solis. Pluribus enim defensionibus uti permittitur"], l. 8 D. eod. [„Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint"]. S. Note 5.

5) Das Gegentheil könnte aus dem Schlußsatz der in der vorigen Note citirten l. 8 D. de except. (44, 1) „quamvis diversae sint" gefolgert werden. Allein „diversae exceptiones" sind gewiß nicht gleichbedeutend mit contrariae exceptiones, wie man häufig angenommen hat, sondern sind verschiedenartige, wie namentlich dilatorische und peremtorische solche sind, wogegen die contrariae exceptiones, von denen im Text die Rede ist, auf Thatsachen beruhen, die einander ausschließen. Auch da, wo der Verklagte aus einer und derselben Thatsache nach verschiedenen juristischen Gesichtspuncten widerstreitende Einreden, z. B. die Einrede der Nichtigkeit und daneben die der Rescissibilität abgeleitet hat, kann ein eigentlicher Widerspruch nicht angenommen werden. Arg. c. 8 X. de in int. rest. (1, 41), und dazu §. 63 Note 83.

6) Man erinnere sich dabei, daß die Willenseinigung aus einer übereinstimmenden Erklärung gefolgert wird — §. 15 S. 145 —, daß also die Behauptung eines s. g. unächten Irrthums unter den Gesichtspunct der Einrede fällt — §. 17 S. 160 —.

7) Durch die Stundung wird die Verjährung unterbrochen.

Fälle eines absoluten Widerspruchs zu beurtheilen seien, läßt sich nicht durch eine allgemeine Regel ausdrücken. Ausnahmsweise soll wegen Leugnens des Klaggrundes die Einrede verloren gehen, namentlich die exc. divisionis und das beneficium condemnationis in id, quod facere potest.[8] Im Uebrigen ist die Entscheidung aus der Natur der Sache zu entnehmen, wobei das zeitliche Verhältniß, in welchem die widerstreitenden Handlungen vorgenommen werden, nicht ohne Einfluß ist. So würde nach dem Beweise des anfänglich geleugneten Klaggrundes recht wohl eine Einrede opponirt werden können, welche die Anerkennung des Klaggrundes voraussetzt, während vorher opponirt dieselbe Einrede ein Eingeständniß des Klaggrundes involviren und dessen Beweis unnöthig machen würde.[9]

Die Frage nun, in welchem zeitlichen Verhältniß concurrirende Handlungen vorzunehmen seien, ist insoweit schon durch das Princip der Reihenfolge entschieden, als danach der Uebergang zu der nächsten Stufe nicht Statt findet, bevor die der voraufgehenden Stufe angehörigen Handlungen absolvirt worden sind. Dabei ist man aber nicht stehen geblieben. Dürften Handlungen dieser Art, deren Beziehung auf einander die Gestattung eines successiven Vorbringens gar nicht fordert, dennoch nach einander vorgenommen werden, so würde eine unendliche Verschleppung des Verfahrens möglich sein. Um dies abzuwenden, hat man, wenn auch nicht in allgemeiner Fassung, die Regel aufgestellt, daß, so oft den Parteien concurrirende Handlungen zu Gebote stehen, sie dieselben gleichzeitig vorzunehmen haben.[10] Und weil Handlungen zu cumuliren, von denen an sich jede gleiche Kraft hat, nur mit Rücksicht auf den möglichen Fall (in eventum) von Interesse ist, daß die eine oder andere sich wider Erwarten als erfolglos erweisen sollte, so nennt man in neuerer Zeit jene Regel das Eventualprincip.

Von dem Princip der Reihenfolge nun, und vom Eventualprincip soll im Folgenden noch specieller die Rede sein.

---

8) S. §. 30 Note 11, 12.

9) Auf einen solchen Fall scheinen die Anfangsworte der l. 9 D. de except. (44, 1) „Non utique existimatur confiteri“ hinzudeuten.

10) Vgl. über das Vorstehende Albrecht a. a. O. S. 13—16.

Das Princip der Reihenfolge.

§. 70.

Das Princip der Reihenfolge hat nirgends in den Quellen eine ausdrückliche und allgemeine Anerkennung gefunden. Dennoch besteht es, und findet seine Begründung nicht bloß in der Natur der Sache, sondern mittelbar auch in den Gesetzen. An der Hand der Gesetze läßt sich nämlich nachweisen, wie immer eine Parteihandlung aus der anderen hervorgeht, wie eine die andere hervorruft. Ein solcher Nachweis ist in der ersten Abtheilung dieses Systems geliefert worden. Dieser innere Zusammenhang der Parteihandlungen aber hat die Natur eines Bedingungsverhältnisses. Denn wenn z. B. die Proceßeinreden, die Gegenbitte des Verklagten, die confessio in jure nicht gedacht werden können ohne die Klagbitte, so sind sie eben durch die Klagbitte bedingt. Zeigt sich nun, daß die Reihenfolge, welche die Gesetze für die Parteihandlungen vorschreiben, dem unter ihnen bestehenden Bedingungsverhältniß auf's Genaueste entspricht, so darf darin ohne Zweifel eine Regel, und zwar diejenige Regel gefunden werden, welche im vorigen §. das Princip der Reihenfolge genannt worden ist. Mit Hülfe dieses Princips aber vermögen wir nicht bloß die gesetzlich vorgeschriebene Reihenfolge frei zu reproduciren, sondern auch Lücken, welche in derselben geblieben sind, mit Sicherheit auszufüllen. Sieht man von den außerordentlichen Anträgen, deren formelle Eigenthümlichkeiten gelegentlich bereits früher besprochen worden sind, von dem Contumacial- und Executionsverfahren, so wie von den Rechtsmittelinstanzen ab, so ergeben sich folgende Resultate.

In dem regelmäßigen, zum vollen Abschluß kommenden Verlauf eines Processes sind zwei Reihen von Handlungen zu unterscheiden, diejenigen, welche die Absicht der Parteien, daß und worüber sie streiten wollen, zu constatiren bezwecken, und diejenigen, welche die richterliche Entscheidung der Frage möglich machen sollen, ob das als streitig constatirte Recht existire oder nicht, — in der Terminologie des Formularprocesses jus und judicium genannt. Jene erste Reihe (jus) hat es mit der Litis Contestation zu thun, und da diese die Grundlage und Voraussetzung des ganzen übrigen Verfahrens (judicium) ist, so muß sie der zweiten Reihe vorangehen.

I. Innerhalb der ersten Reihe nimmt wieder die Klagbitte die erste Stelle ein. Die Klagbitte eröffnet den ganzen Proceß, und dieser Bestimmung entspricht es, daß sie (im mündlichen Verfahren) zuerst schriftlich, in Form eines Libells (des Klaglibells), dem Gericht übergeben,[1] dann aber in dem für die Litis Contestation bestimmten Termin mündlich wiederholt wird. In ihrer schriftlichen Form wird sie dem Verklagten abschriftlich mitgetheilt, damit er überlegen könne, ob er den Kläger zufrieden stellen, oder sich auf den Proceß einlassen wolle („ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat, et si contendendum putet, veniat instructus ad agendum, cognita causa, qua conveniatur“);[2] in der mündlichen ist sie der feierliche Ausdruck für die Streitabsicht des Klägers. Practische Bedeutung hatte indeß diese mündliche Wiederholung nur so lange, als mit ihr die Ableistung des generellen Calumnieneides in Verbindung stand;[3] seit dessen Verschwinden ist sie eine bloße Formalität, deren Versäumung keinen Nachtheil hat, weil eine Erklärung der Streitabsicht schon in dem Klaglibell enthalten ist.[4] Indem nun die Klagbitte auf die gerichtliche Anerkennung des vom Kläger dem Verklagten gegenüber in Anspruch genommenen Rechts gerichtet ist, fixirt sie nicht nur die Absicht des Klägers, sondern bestimmt auch die Vertheidigungsart des Verklagten, und es ist deshalb nothwendig, daß sie den Klaganspruch nach allen Seiten hin, nach seinen subjectiven Beziehungen, seiner Natur und seinem Object[5] so genau bezeichnet, daß über seine Individualität kein Zweifel sein kann. Die Hinweisung auf die Thatsachen seiner Entstehung dagegen ist dazu nur ausnahmsweise, nur bei persönlichen Klagen erforderlich,[6] deren Petitum zwar erkennen läßt, daß ein Forderungsrecht, nicht aber welches geltend gemacht werden soll, da nach dem Satz „quot causae, tot obligationes“ ein und derselbe Gegenstand mehrmals geschuldet sein kann.[7]

Mit der Klagbitte aber als der ersten Proceßhandlung des Klägers muß die Darlegung der Proceßvoraussetzungen,[7a]

1) S. § 67 Note 15, 18.

2) So bezeichnet l. 1 pr. D. de edendo (2, 13) den Zweck der editio actionis. Ueber diese und über den Text vgl. §. 68 Note 10.

3) S. §. 14 Note 30—33.

4) S. §. 14 Note 35.

5) S. §. 14 Note 4.

6) C. 3 X. de lib. obl. (2, 3). Vgl. jedoch auch §. 14 Note 3, 25.

7) S. §. 14 Note 2, 24, §. 47 Note 54, 55, 57.

7a) Vgl. über das Folgende §. 14 Note 92 fg., und dazu Bülow: Die

also wenn sich der Kläger vertreten läßt, die legitimatio ad processum oder eine entsprechende Caution,[8] und überall die Begründung der Competenz verbunden werden.[9] Zur Begründung der Competenz bedarf es jedoch eines besonderen Beweises dann nicht, wenn sich der Gerichtsstand schon aus dem Inhalt der Klagbitte ergibt, sollte dieser gleich selbst nicht liquide sein, wie z. B. wenn aus einem Contractsverhältniß in foro solutionis oder in foro contractus geklagt wird. Eben so wenig braucht der Competenzgrund bewiesen zu werden, wenn er (wie z. B. das Domicil, die Schriftsässigkeit des Verklagten[10]) notorisch ist, obschon er in diesem Fall (in der Rubrik) angeführt werden muß, wogegen in allen anderen Fällen seine Liquidität eine Voraussetzung für die Zulassung der Klage bildet.

Der Klagbitte gegenüber nun kann der Verklagte den Klaganspruch sofort anerkennen (confessio in jure), und dann ist damit die Sache zu Ende. Will er aber nicht nachgeben, so steht ihm eine zwiefache Art der Vertheidigung offen; er kann der Klagbitte Proceßeinreden, und er kann ihr seine Gegenbitte entgegensetzen. Proceßeinreden und Gegenbitte stehen in einem Bedingungsverhältniß. Zwar kann man nicht sagen, daß der Verklagte, um der Klage widersprechen zu können, zuvor Proceßeinreden vorgeschützt haben müsse. Wohl aber müssen, damit es zu der Gegenbitte des Verklagten als dem Abschluß der L. C. und der Constituirung des Rechtsstreits (judicium) kommen könne, die Voraussetzungen des Rechtsstreits festgestellt sein. Und daraus folgt, daß auch die Proceßeinreden, welche eben den Mangel einer Proceßvoraussetzung aufdecken sollen, der Gegenbitte vorauszugehen haben.[11] Die Proceßeinreden mit der Bitte um Absolution von der Instanz und

Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen, Gießen 1868, welcher den ausführlichen Nachweis erbringt, daß nach R. R. die Feststellung der Proceßvoraussetzungen die specielle Aufgabe des Verfahrens in jure war.

8) L. 24 C. de proc. (2, 13), K. G. O. von 1496 tit. 12 §. 1, von 1500 tit. 36 §. 1, Regensb. K. G. O. von 1507 tit. 8 §. 2, 3, K. G. O. von 1555 I. 21 §. 2, 3, III. 12 §. 1, 11, 12, Dep. A. von 1600 §. 68, Conc. von 1613 I. 33 §. 1—4, III. 14 §. 14, J. R. A. §. 42.

9) Dies ergibt sich schon daraus, daß auch der Verklagte seine Einwendungen gegen den Gerichtsstand vor allem Anderen geltend machen soll. Vgl. l. 52 pr. D. de jud. (5, 1), l. 13 C. de exc. (8, 36), J. R. A. §. 40.

10) Ob eine Person in einem Gerichtssprengel domicilirt, und ob sie schriftsässig sei, gehört zu denjenigen Thatsachen, von denen der Richter entweder unmittelbare amtliche Kenntniß hat, oder über die er von den Verwaltungsbehörden Kenntniß erhalten kann.

11) Vgl. l. 52 pr. D. de jud. (5, 1), l. 13 C. de proc. (2, 13), l. 16 C. de jud. (3, 1), l. 13 C. de exc. (8, 36), nov. 53 c. 3, nov. 96 c. 2, — so wie über das C. R. und die Reichsgesetze die Verweisungen der Note 13.

die auf Absolution von der Klage gerichtete Gegenbitte verfolgen divergirende Zwecke, und gehören darum verschiedenen Stufen, und zwar die Gegenbitte einer späteren Stufe an. Dagegen stehen die (auf das materielle Recht bezüglichen) exc. dilatoriae des R. R., wie früher (in §. 14 Note 92 fg.) gezeigt worden ist, in einem wesentlich anderen Verhältniß zur Gegenbitte,[12] weil sie gleich den peremtorischen Einreden die Absolution von der Klage, wennschon unter Vorbehalt der erneuten Klagestellung verfolgen. Und es war daher ein verwirrender,[13] in seinen practischen Consequenzen durch den J. R. A. §. 40 nur theilweise überwundener[14] Irrthum, wenn die römische Jurisprudenz die Proceßeinreden den dilatorischen Exceptionen beizählte, und die dilatorischen Einreden in diesem weiteren Sinne wie die Proceßeinreden behandelte, d. h. sie der L. C. vorausgehen ließ.

Auch von Seiten des Verklagten aber ist, wenn er nicht selbst auftritt, Sorge zu tragen, daß sein Vertreter von vorn herein gehörig legitimirt sei,[15] und man kann daher in doppelter Hinsicht sagen, daß die erste Reihe von Parteihandlungen das nachfolgende Verfahren vorbereite, einmal insofern sie die formale Gültigkeit des Verfahrens sicherstellt, und die Frage zur Entscheidung bringt, ob sich der Verklagte auf den Proceß überhaupt einzulassen brauche, und sodann, insofern sie die Streitabsicht der Parteien constatirt und dadurch dem Verfahren zugleich seine bestimmte, unveränderliche Richtung gibt.[16]

II. Mittelst der zweiten Reihe von Handlungen, d. i. mittelst derjenigen Handlungen, für welche die Litis Contestation bedingend ist, verfolgen die Parteien im Allgemeinen die Aufgabe,

---

12) Ueber den Zeitpunct, in welchem die exc. dilatoriae und peremtoriae nach R. R. vorzuschützen und zu beweisen waren, vgl. den §. 49 Note 74.

13) So schon im C. R. — vgl. §. 14 Note 113 —, und eben so später in den K. G. Ordnungen — vgl. §. 14 Note 114 —. Die K. G. O. von 1508 tit. 5 §. 4 beschränkt zwar das im Text Gesagte auf die Einreden, welche den Richter, den Gerichtszwang und den Kläger, also die Voraussetzungen des Processes betreffen, „dann die Außzüge dilatoriae, so den Haupthandel berühren, (z. B. pacti de non petendo intra certum tempus) sollen fürbracht werden nach der Befestigung des Kriegs; allein dieser Gedanke kam erst sehr viel später zu practischer Geltung.

14) S. den §. 71, wo die angezogene Bestimmung des J. R. A. weiter entwickelt werden wird.

15) S. die Stellen der Note 8.

16) Daher wurde auch dieser erste Abschnitt praeparatoria judiciorum genannt. S. z. B. Regensb. K. G. O. von 1507 tit. 8 §. 2, K. G. O. von 1555 I. 21 §. 2.

ihre durch die Litis Contestation aufgestellte Intention zu beweisen. Unmittelbar aber läßt sich so wenig die Existenz wie die Nicht-Existenz eines Rechts beweisen. Vielmehr muß der Beweis auf die dem streitigen Rechtsverhältniß zu Grunde liegenden Thatsachen gerichtet werden, und dem Beweise dieser Thatsachen muß deren Behauptung vorausgehen, damit der Richter ihre Relevanz prüfe, und der Gegenpartei Gelegenheit gebe, sich darüber auszusprechen, ob sie dieselben als wahr gelten lassen wolle oder nicht. Denn nur die geleugneten Thatsachen sind zu beweisen, nicht die zugestandenen.[17] Behauptung und Beweis aber lösen sich wiederum je in eine Reihe einzelner Handlungen auf.

1. Alle relevanten Behauptungen, mögen sie vom Kläger oder vom Verklagten ausgehen, machen eine Erklärung der Gegenpartei nothwendig. Sie müssen daher die Thatsachen, welche sie enthalten, mit genügender Specialität, d. h. so genau, daß keine Verwechselung möglich ist, und in so einfacher Gestalt vortragen, wie sie ohne Zuhülfenahme von Schlußfolgerungen unmittelbar haben wahrgenommen werden können. Nur den in solcher Weise specialisirten Behauptungen gegenüber kann die Gegenpartei ihre Erklärung nicht verweigern. Da jedoch jeder in dieser Hinsicht einer Behauptung anhaftende Mangel durch das Geständniß der Gegenpartei geheilt wird, so wird der Richter wohl thun, damit er den Parteien die Verfolgung ihrer Rechte nicht unnöthig erschwere, jene Aufforderung von sich aus (ex officio) nicht überall mit gleicher Strenge geltend zu machen. Er wird nachsichtiger sein dürfen, wo Thatsachen in Frage stehen, welche nicht gerade im Mittelpunct des Streitverhältnisses liegen, und für die sich eben darum mit einiger Wahrscheinlichkeit ein Eingeständniß erwarten läßt. So ist z. B. die Vaterschaft eine innere, nicht unmittelbar wahrnehmbare Thatsache, und wenn daher ein Sohn auf Anerkennung der Vaterschaft klagt, so hat er ihr die Behauptung zu substituiren, daß die

17) S. §. 15 Note 21. Daß auch nach römischem und canonischem Recht dem Beweise der relevanten Thatsachen deren Behauptung von Seiten des einen und deren Ableugnen von Seiten des anderen Theils vorausgehen mußte, beweist schon die in jener Note angeführte Regel: „Probare debet, qui dicit, non qui negat“. Für das R. R. insbesondere aber kommen die zahlreichen Aussprüche Quinctilian's in den Inst. orat. in Betracht, welche Helmolt: Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast §. 19 gesammelt hat, so wie für das C. R. das, was unten in der Note 22 über die positiones und responsiones als Voraussetzungen des Beweises gesagt werden wird. In den Reichsgesetzen aber kehrt jene Reihenfolge so constant wieder, daß besondere Citate überflüssig sind.

Mutter, von der er geboren, sechs Monate vor der Geburt mit dem Verklagten, dem angeblichen Vater, verheirathet gewesen, und daß die Ehe zwischen diesen Personen in rechtsgültiger Weise zu Stande gekommen sei. Handelt es sich dagegen in einem Erbschaftsstreit um die Darlegung einer weit verzweigten Verwandtschaft, so genügt es vorläufig, wenn behauptet wird, A sei der Sohn des B, dieser der Sohn des C u. s. w. Eben so pflegt man es mit der Behauptung des Irrthums und des Wissens, so wie in Fällen zu halten, wo die Zeit, der Ort oder andere lediglich zur Bezeichnung dienenden Modalitäten einer Thatsache übergangen oder nicht speciell genug angegeben worden sind. Wird unter solchen Umständen die Einlassung verweigert, so darf das Fehlende mit der nächsten Handlung nachgebracht werden; wogegen im Falle des Leugnens der Beweisantritt, um die Beweismittel auf ein beweisbares Object richten zu können, das implicite Behauptete herauszukehren, und das unbestimmt Bezeichnete concreter zu bestimmen hat. An äußere Formalitäten ist heut zu Tage die Behauptung der Thatsachen überall nicht mehr gebunden. Die Positionen, in welche die Parteien nach dem C. R. und der italienischen Praxis ihre Behauptungen kleiden mußten, in Deutschland gewöhnlicher Artikel genannt, hat der J. R. A. abgeschafft, und nur im Beweisverfahren die s. g. Probatorial-Artikel beibehalten.[18] Nach dem J. R. A. ist Nichts weiter erforderlich, als daß das Factum kurz und nervose, jedoch deutlich, distincte und klar vorgetragen werde.[19]

Andererseits muß die Erklärung (Responsion), welche durch die jenseitige Behauptung hervorgerufen wird, entweder ein Eingeständniß (confessio in judicio) oder eine Verneinung sein. Sie ist also ungenügend, wenn sie weder das Eine noch das Andere ist,[20] darf jedoch, wenn fremde Thatsachen in Frage stehen, auf den Glauben gestellt werden.[21] Von der Verneinung insbesondere aber wird hiernach verlangt, daß sie ein Eingehen auf die gegnerischen thatsächlichen Behauptungen bekunde und keinen Zweifel darüber lasse, welche als geleugnet und welche als zugestanden gelten sollen. Damit wird ein specielles Verneinen, welches schrittweise der Behauptung folgt, nicht gefordert, andererseits die gene-

18) S. §. 49 Note 106—111, und die folgende Note 22.
19) J. R. A. §. 34.
20) S. §. 19.
21) J. R. A. §. 49, vgl. mit c. 2 in VI. de test. et att. (2, 10).

relle Verneinung, welche jenes Eingehen vermissen läßt, als unzulänglich bezeichnet. Auf die Specialität der Verneinung war es abgesehen, wenn das canonische Recht und die früheren Reichsgesetze den Parteien die Einkleidung ihrer Behauptungen in die Form der vorhin schon erwähnten Positionen und Artikel zumutheten, um den Gegner zu einer wörtlich entsprechenden Antwort mit „Wahr" im Falle des Eingeständnisses, mit „Nicht wahr" im Falle des Leugnens (responsiones) zu nöthigen.[22] Erst der J. R. A. begnügt sich mit einer formlosen Erklärung, die, wie er für die Beantwortung der Klage vorschreibt, „kurz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich und klar, ob und worin das Factum anderst als vom Kläger vorbracht, und wie es sich eigentlich verhalte, specifice und auf jeden Puncten mit all seinen Umständen anzeigen" soll,[23] indem er jene feierliche Art der Antwort in das Beweisverfahren verlegt,[24] aus welchem sie aber seitdem gleichfalls verschwunden ist. Es kann in der Vorschrift des J. R. A. nichts anderes als die oben aufgestellte Forderung gefunden werden, daß die Erklärung des Verklagten eine Erklärung auf die gegnerischen Behauptungen sei und nicht im Unklaren lasse, ob und welche Behauptungen bestritten werden sollen.

---

22) Vgl. Albrecht: die Exceptionen des gem. teutschen C. Pr. §. 30, welcher weitere Nachweisungen über diese Art der Erklärung auf jenseitige Behauptungen gibt. Positiones und responsiones werden im C. R. häufig erwähnt. Vgl. c. 54 §. 3 X. de elect. (1, 6), c. 1 X. de L. C. (2, 5), c. 1, 2 in VI. de conf. (2, 9), c. 2 in VI. de test. et att. (2, 10), c. 3 in VI. de jurejur. (2, 11), c. 2 Clem. de V. S. (5, 11). Unter „articuli" versteht das C. R. den Inhalt der Positionen und Responsionen. So ist in c. 54 §. 3 X. de elect. und in c. 1. X. de L. C. von „positiones et responsiones super quibusdam articulis factae" die Rede, und in c. 2 in VI. de test. et att. heißt es: „Praeterea sigillatim super quolibet articulo in qualibet positione contento facias a partibus sufficienter ad invicem responderi." Demnach waren die articuli auch das, worüber die Zeugen vernommen werden mußten; der Probant zog die geleugneten Artikel aus den Positionen aus, und legte sie dem Gericht vor (dare articulos), damit die Zeugen darüber vernommen würden. Vgl. c. 2 in VI. de test. et att., c. 2 Clem. de V. S. Die Positionen begannen mit „Pono, quod", die Artikel mit „Volo probare, quod". Vgl. Gratia: De jud. ord. II. 3 und 5. So erklärt sich, was das c. 2 Clem. cit. sagt: „— positiones ad faciliorem expeditionem litium propter partium confessiones, et articulos ad clariorem probationem usus longaevus in causis admisit." Daß im Reichsproceß die Positionen gewöhnlicher Artikel (Positional-Artikel im Gegensatz der Probatorial-Artikel) genannt werden, ist ohne sachliche Bedeutung; ihre Identität ergibt sich aus der R. G. O. von 1508 tit. 1 §. 6, 7, von 1555 III. 14 §. 2, und dem Conc. von 1613 III. 13 §. 5. Vgl. nun auch Hinschius im Arch. für civ. Pr. XLVII. S. 121 fg.

23) J. R. A. §. 37.

24) J. R. A. §. 49 vgl. mit §. 34, 37, 41.

Was nun aber die Reihenfolge anbelangt, in welcher die Behauptungen aufzustellen und zu beantworten sind, so versteht sich von selbst, daß der Kläger mit dem Vortrag der Klagthatsachen zu beginnen hat.[25] Dem gegenüber ist der Verklagte jedenfalls verpflichtet, die Klagthatsachen zu beantworten,[26] und beschränkt er sich hierauf, so wird die Sache durch sein Eingeständniß sofort spruchreif gemacht; durch das Leugnen der Klagthatsachen dagegen, sei es aller oder einzelner, wird der Kläger zu deren Beweise genöthigt.[27] Trotz des Eingeständnisses der Klagthatsachen aber kann der Verklagte seine Gegenbitte durch die Behauptung von Einreden (an sich auch von den die Sache betreffenden dilatorischen) aufrecht erhalten, und sich derselben Vertheidigung auch neben dem Leugnen bedienen. In diesem letzten Fall concurriren dann zwei Vertheidigungen mit einander, das Leugnen und die Einreden. Jedoch liegt an sich für den Verklagten kein Grund vor, von seinen Einreden Gebrauch zu machen und angreifend vorzuschreiten, bevor der Kläger die geleugneten Klagthatsachen bewiesen hat. Würde dieser Beweis mißlingen, so wären ja die Einreden unnöthig. Deshalb wurde vor Ausbildung des Eventualprincips angenommen, der Verklagte brauche erst nach geführtem Klagbeweise zu excipiren oder doch seine Exceptionen zu beweisen.[28]

Kommt es nun zum Gebrauche der Einreden, so wiederholt sich ihnen gegenüber auf Seiten des Klägers ganz Dasselbe, was eben vom Verhalten des Verklagten gegenüber den Klagthatsachen gesagt worden ist, und eben so geht es wieder, wenn es zur Behauptung von Repliken, von Dupliken u. s. w. kommt.

2. Der Beweis mehrerer zusammengehörigen Thatsachen wird wie ein Beweis behandelt. In jedem Processe aber kann es verschiedene Beweise geben, und zwar nicht bloß auf verschiedenen Stufen, einen Klagbeweis, einen Einredebeweis u. s. w., sondern

25) S. §. 15 Note 2, 3, und über die Reichsgesetze insbesondere R. G. O. von 1496 tit. 12 §. 3, von 1500 tit. 36 §. 3, von 1508 tit. 1 §. 6, von 1521 tit. 19 §. 7, von 1523 tit. 3 §. 3, von 1555 III. 14 §. 1.

26) C. 2 in VI. de conf. (2,9), c. 2 in VI. de test. et att. (2, 10), R. G. O. von 1496 tit. 12 §. 4, von 1500 tit. 36 §. 4, von 1508 tit. 1 §. 9, von 1521 tit. 19 §. 8, von 1523 tit. 3 §. 4, von 1555 III. 15 §. 1.

27) R. G. O. von 1496 tit. 12 §. 5, von 1500 tit. 36 §. 5, von 1508 tit. 1 §. 10.

28) L. 9 C. de praescr. l. t. (7, 33), l. 9 C. de exc. (8, 36) [vgl. auch l. 19 C. de prob. (4, 19)], R. G. O. von 1496 tit. 12 §. 8, von 1500 tit. 37 §. 1, von 1508 tit. 4 §. 1.

auch auf gleicher Stufe, was dann der Fall ist, wenn sich der Kläger auf mehrere concurrirende Entstehungsgründe seines Rechts, der Verklagte auf mehrere Einreden, sei es demselben Klaggrunde oder je einem der concurrirenden Klaggründe gegenüber, berufen hat. Wo nun im Folgenden vom Beweise die Rede ist, wird ein einzelner Beweis unterstellt; was von einem solchen gilt, gilt in formaler Beziehung auch von mehreren mit einander verbundenen Beweisen; denn allerdings war die Verbindung mehrerer Beweise schon vor der Ausbildung des Eventualprincips gestattet, nur nicht vorgeschrieben.[29] Auch muß zum Voraus bemerkt werden, daß der (directe) Gegenbeweis derselben formalen Behandlung unterliegt, wie der Beweis, obschon beide materiell genommen verschiedene Zwecke verfolgen.

Daß nun der Beweis in mehrere Stadien zerfällt, hat seinen Grund darin, daß die Production der Beweismittel, welche die Hauptsache ist, zu ihrer Vorbereitung des Beweisantritts und der Erklärung auf denselben bedarf, und unter Umständen ihrerseits weitere Handlungen, wie namentlich die Ausschwörung nothwendiger Eide hervorruft.

a. Der Probant muß zuerst den Beweis antreten, und dies thut er dadurch, daß er für die des Beweises bedürftigen Thatsachen die zu verwendenden Beweismittel benennt. Der Beweisantritt enthält demnach wesentlich zwei Momente, die Präcisirung des Beweisthemas und die Benennung der Beweismittel.[30]

Jenes erste Moment war im Reichsproceß von größerer Bedeutung, als im heutigen Proceß. Dort hatte der Probant aus den voraufgegangenen Verhandlungen das Beweisthema selbst abzuleiten, während dies heut zu Tage die Aufgabe des Richters ist.[31] Gleichwohl bleibt daneben für die Thätigkeit des Probanten noch immer ein weiter Spielraum; sie hat, um es allgemein auszudrücken, das Beweisthema wo nöthig für die Beweismittel zuzu-

---

29) Vgl. c. 9 X. de fide instr. (2, 22).

30) Diese beiden Momente werden neben einander genannt in c. 2 in VI. de test. et att. (2, 10). Aehnliches findet sich in c. 37, 41, 42, 46, 51 X. eod. (2, 20). Vgl. auch über die Praxis des R. K. Gerichts Tafinger: Inst. jur. cam. §. 824. Was die Quellen über das Verhältniß des Beweisantritts zur Production der Beweismittel enthalten, wird in den Noten 34, 35, 36 angeführt werden.

31) Das Beweisinterlocut war dem Reichsprocesse fremd; noch nach dem J. R. A. §. 45, 47, 48, 50, 52 sollen sich die Parteien zum Beweise der von ihnen behaupteten und vom Gegner geleugneten Thatsachen erbieten.

bereiten. Daß innere Thatsachen durch die entsprechenden äußeren Thatsachen zu ersetzen, und zu abstract hingestellte durch Beifügung ihrer Modalitäten concreter zu bestimmen seien, wurde bereits oben (unter 1.) hervorgehoben. Eine ähnliche Zubereitung aber ist erforderlich, wenn ein indirecter Beweis unternommen wird, d. h. wenn statt der eigentlich streitigen Thatsache eine andere bewiesen werden soll, welche auf jene schließen läßt; ferner wenn eine negative Thatsache in Frage steht, deren Beweis, um durch Zeugen, und zwar direct erbracht zu werden, sich mit auf Umstände richten muß, aus welchen hervorgeht, daß die conträre positive Thatsache, falls sie eingetreten wäre, von den vorgeschlagenen Zeugen hätte wahrgenommen werden müssen; eben so, wenn es eines besonderen Beweises bedarf, um die Thatsache, welche der Probant durch ein dazu geeignetes Beweismittel zu beweisen gedenkt, als mit dem Beweisthema identisch darzustellen,[32] und so in vielen anderen Fällen. Auch kann es sich beim Antritt des Zeugenbeweises empfehlen, begleitende Umstände heranzuziehen, welche dem Gedächtniß der Zeugen zu Hülfe kommen, oder ihnen Gelegenheit geben, sich über den Grund ihrer Wissenschaft auszusprechen, und eine besondere Genauigkeit ihrer Erinnerungen zu bekunden. Und immer muß mit der Eidesdelation die Umwandlung des Beweisthemas in sein directes Gegentheil verbunden sein. Einer besonderen Form aber bedarf die Präcisirung des Beweisthemas nur in einem Falle, nämlich da, wo der Beweis durch Zeugen geführt werden soll. Hier sind die einzelnen Thatsachen, in welche sich das Beweisthema auflöst, in der Form von Artikeln aufzustellen, beginnend mit „Ja und wahr, daß," wenn sie positiven, mit „Nein und nicht wahr, daß," wenn sie negativen Inhalts sind. Diese Form ist aus dem J. R. A.[33] in die heutige Praxis übergegangen, ohne jedoch überall festgehalten worden zu sein.

Das zweite in dem Beweisantritt enthaltene Moment, die Benennung der Beweismittel, bietet keine eigenthümlichen Erscheinungen dar. Da das außergerichtliche Geständniß selbst erst bewiesen werden muß, und deshalb die Form eines der anderen Beweismittel annimmt, der nothwendige Eid aber nicht angeboten, sondern vom Richter auferlegt wird, so kommen in Beziehung auf den Beweisantritt nur Zeugen, Urkunden und Eidesdelation in

32) S. §. 25 Note 2.
33) J. R. A. §. 34, 37, 41, 49.

Betracht. Die Zeugen sind nach Vor- und Zunamen, Stand und Wohnort, und wenn ihr Zeugniß durch eine besondere persönliche Eigenschaft bedingt ist, mit Angabe dieser Eigenschaft zu benennen, unter Anschluß der Bitte um ihre Vorladung oder um Erlaß der erforderlichen Requisitionsschreiben.[34] Die Benennung von Urkunden erfordert deren abschriftliche Vorlage mit dem Erbieten zur Production der Originale,[35] oder die sofortige Production der Originale.[36] Und zur Eidesdelation gehört Nichts weiter, als was im Namen liegt, die Erklärung, daß man dem Gegner den Eid zuschiebe, oder mit anderen Worten, daß man die Wahrheit der zu beweisenden Thatsache vom Eide des Gegners abhängig mache.

Zu diesen beiden Momenten aber kommt noch ein drittes hinzu, wenn mehrere Thatsachen zu beweisen sind, und dafür mehrere Beweismittel in Vorschlag gebracht werden. Alsdann muß der Probant erklären, ob er den Beweis aller Thatsachen durch

34) Die Benennung der Zeugen wird im C. R. „testes invocare“ oder „testes nominare“ genannt — c. 7 X. de test. et att. (2, 20), c. 1, 10 X. de test. cog. (2, 21) —, und von gleicher Bedeutung sind die Ausdrücke „offerre testes“, „paratum esse probare per testes“ — c. 26, 35 X. de test. et att. (2, 20) —. Auch scheint der Ausdruck „producere testes“ nicht immer die Production, sondern mitunter die Benennung der Zeugen zu bezeichnen. Am häufigsten aber sind Wendungen wie „testes, quos duxerit actor producendos“. Vgl. z. B. c. 34, 37, 38, 41, 42, 46, 49, 52 X. eod. (2, 20), c. 11 X. de test. cog. (2, 21), c. 2 in VI. de test. et att. (2, 10). Darüber, daß das C. R. den Beweisantritt als der Production der Zeugen vorausgehend betrachtete, kann nach jenen Stellen kein Zweifel sein. Am R. K. Gericht wurden die Zeugen regelmäßig von Commissaren vernommen — K. G. O. von 1555 III. 16, Conc. von 1613 III. 20, J. R. A. §. 47, 48 —, mit der Bitte um Bestellung von Commissaren aber mußte der Beweisantritt mittelst Ueberreichung der Beweisartikel und Benennung der Zeugen verbunden werden. Vgl. Tafinger: Inst. jur. cam. §. 824, 825.

35) Diese Form des Beweisantritts kommt in den Quellen des gemeinen Rechts nicht vor, hat vielmehr ihren Ursprung in Sachsen, wo sie im Anschluß an die präclusive Beweisfrist des sächsischen Processes frühzeitig von der Doctrin, dann auch von der Gesetzgebung für ausreichend erklärt worden ist. Vgl. Carpzov: Definit. I. 17 d. 1, Biener: Syst. proc. jud. I. 132. Heut zu Tage hat sie allgemeine Geltung erhalten. Wenn jedoch eine in fremder Sprache abgefaßte Urkunde benutzt werden soll, so muß neben der Abschrift eine beglaubigte Uebersetzung vorgelegt werden.

36) So nach den Reichsgesetzen. Vgl. Conc. der K. G. O. von 1613 III. 22 §. 1, J. R. A. §. 35, 39, 45, 46, 54, und dazu Tafinger: Inst. jur. cam. §. 820. Heut zu Tage würde diese Art des Beweisantritts als die Anticipation einer der Regel nach erst später vorzunehmenden Handlung zu betrachten sein, eine Anticipation, von welcher es fraglich ist, ob sie gerade Zeit erspart, da ja doch dem Probaten für die Ausführung seiner Einreden und unter Umständen selbst für seine Erklärung über die Aechtheit der producirten Urkunde Abschrift und Dilation bewilligt werden muß. Vgl. den J. R. A. §. 39, 54, G.B. vom 12. Jan. 1660.

alle vorgeschlagenen Beweismittel erbringen wolle, wofür in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung schon die Präsumtion spricht, oder ob seine Meinung dahin gehe, die einzelnen Beweismittel nur für diese oder jene Thatsache zu benutzen, die einzelnen Zeugen insbesondere nur über diesen oder jenen Artikel vernehmen zu lassen. Beim Antritt des Zeugenbeweises nennt man diese Erklärung das Directorium.[37] Beachtenswerth ist, daß ein solcher Beweisantritt nur dann Erfolg hat, wenn für jede der zusammengehörigen Thatsachen ein Beweismittel benannt worden ist. Hat es der Probant hierin rücksichtlich einer einzelnen Thatsache versehen, so wird der Beweisantritt entweder gänzlich, oder wenn die übrigen Thatsachen eines partiellen Erfolgs fähig sind,[38] theilweise verworfen.

Der Beweisantritt nun macht eine Erklärung des Probaten nothwendig. Diese wird, wenn man von den gegen die Relevanz des Beweisantritts gerichteten Rechtsdeductionen absieht, im Allgemeinen durch die verschiedene Natur der Beweismittel bestimmt; worin sie aber bestehen könne, ist schon in der Lehre von den Beweismitteln vorgetragen worden. Hierher gehören nur folgende Bemerkungen. Das Vertheidigungsmaterial des Probaten, welches in dieses Stadium fällt, umfaßt die Beweiseinreden und den Antritt des Gegenbeweises, dem Zeugenbeweis gegenüber auch die Fragestücke (interrogatoria), und wo es sich um die Eidesdelation handelt, den Antritt des Beweises zur Gewissensvertretung und die Annahme, resp. Zurückschiebung des Eides. Die Beweiseinreden und der Gegenbeweis concurriren mit einander. Während aber die dem Probaten bereits bekannten Beweiseinreden (und zwar nicht bloß die, welche die Production des Beweismittels verhindern sollen, wie die exc. testis inhabilis) schon vor der Production vorgeschützt, oder wenigstens ausdrücklich vorbehalten werden müssen,[39] ist der Gegenbeweis erst nach dem Gelingen des Beweises veranlaßt, und nur da, wo er einem Zeugenbeweise gegenüber durch Zeugen geführt werden soll, bereits

---

37) Vgl. darüber Eckolt: Disp. de directorio articulis probatoriis annexo, Lips. 1766.

38) Wie z. B. wenn man den Beweis über mehrere Einreden, etwa mehrere Compensationseinreden, angetreten hat, von denen jede nur einen Theil des Klagobjectes deckt.

39) C. 7, 13, 20, und insbesondere c. 31 X. de test. (2, 20), vgl. mit nov. 90 c. 6, 7, 9.

vor der Publication des Zeugenrotuls anzutreten.[40] Beweiseinreden und Gegenbeweis verhalten sich somit zu einander, wie das Leugnen der Klagthatsachen und das Vorschützen von Einreden. Anders dagegen steht es mit dem Beweise zur Gewissensvertretung und der Erklärung über den Eid. Da jener von dieser frei machen soll,[41] so muß er vorausgehen, in derselben Art, wie die Proceßeinreden ihre Stelle vor der Gegenbitte des Verklagten haben.

Ueber welches der vorstehend bezeichneten Vertheidigungsmittel des Probaten wiederum der Probant zu hören ist, ergibt sich von selbst. Durchaus unzweckmäßig aber würde es sein, wenn die Beweiseinreden eben so vollständig durchverhandelt werden sollten, wie die gewöhnlichen Einreden, obschon sie von sehr viel geringerer Wichtigkeit sind; es könnte dann kommen, daß die zu ihrem Beweise vorgeschlagenen Beweismittel neue Beweiseinreden mit dem vollen Apparat eines ausführlichen Beweisverfahrens hervorriefen, und so fort.[42] Besondere Termine und Fristen werden deshalb für die Durchführung der Beweiseinreden nicht leicht eröffnet.[43]

b. Ist der Beweisantritt nicht von der Art, daß seine Verwerfung nothwendig ist, so kommt es nunmehr zur **Production** der Beweismittel. Die vom Richter geladenen **Zeugen** werden durch den Probanten introducirt, in Gegenwart der Parteien[44] beeidigt, und nachdem diese abgetreten sind, einzeln über die Artikel und Fragestücke vernommen. Die **Urkunden** werden im Original vorgelegt, und der deferirte oder referirte **Eid** wird ausgeschworen.

Hiermit ist jedoch das Productionsverfahren nur in dem letzten Fall, im Falle der Ausschwörung des Eides zu Ende. Ueber

---

40) C. 26, 35 X. eod. (2, 20), c. 6 X. de prob. (2, 19), c. 2 Clem. de test. (2, 8).

41) S. §. 27 Note 45.

42) Das C. R. läßt dies zu, beschränkt jedoch die Production von Zeugen, durch welche die Einreden gegen die gegnerischen Zeugen bewiesen werden sollen, dadurch, daß es die vierte Production von Zeugen gegenüber der dritten untersagt. Vgl. c. 49 X. de test. et att. (2, 20), c. 2 in VI. eod. (2, 10).

43) Sollen die Beweiseinreden vor der Production der Beweismittel Berücksichtigung finden, so müssen sie liquide sein. Abgesehen davon können sie neben dem Beweise der Hauptsache verhandelt und liquide gestellt, oder auch noch in den der Impugnation und Salvation wegen gestatteten Schriften ausgeführt werden. Dies ergibt sich aus den Reichsgesetzen, welche die Ausführung der Beweiseinreden in die Disputirsätze (Note 47) verlegen.

44) Deshalb ist auch der Probat zu laden. Vgl. c. 2, 41 X. de test. et att. (2, 20) mit nov. 90 c. 9.

die Zeugenaussagen soll der Richter mit Hülfe der darüber aufgenommenen Protocolle eine Relation, rotulus testium genannt, dergestalt abfassen, „daß nach einem jeden Beweisarticul aller und jeder Zeugen Aussage in ihrer Ordnung mit den Worten, wie jeder Zeuge geredt, also gleich ordentlich subnectirt, und wenn also dem ersten Articul aller und jeder Zeugen Sage untersetzt worden, folgends der andere Articul wiederum voran, und abermal demselben aller und jeder Zeugen depositiones wörtlich und ordentlich unterstellt, auch in solcher Ordnung durch alle Articul, wie auch bei den interrogatoriis verfahren werde.“[45] Diesen Rotul nun legt der Richter versiegelt bei den Acten nieder, um ihn den Parteien demnächst auf deren Antrag zu publiciren,[46] und ihnen Gelegenheit zu einer Schlußverhandlung (den s. g. Disputirsätzen) zu geben, in welcher zuerst der Probat seine vorbehaltenen Einreden weiter ausführen und das Resultat der Beweisführung anfechten (Impugnation), und dann der Probant das in beiden Beziehungen zur Aufrechthaltung seines Beweises Geeignete erwidern kann (Salvation). Weitere Ausführungen werden nur aus besonderen Gründen gestattet.[47] — Was endlich den Urkundenbeweis anbelangt, so hat sich der Probat gleich im Productionstermin[48] über die Aechtheit der ihm vorgelegten Urkunde zu erklären, d. h. wenn die Urkunde eine mit den Zeichen der Aechtheit versehene öffentliche Urkunde ist, sie zu agnosciren oder den Beweis ihrer Unterschiebung zu unternehmen, wenn eine Privaturkunde, sie zu recognosciren oder unter dem Erbieten zum Diffessionseide sie zu diffitiren.[49] Um jedoch den Diffessionseid abzuwenden, kann der Probant den Aechtheitsbeweis versuchen, und andererseits der Probat im Falle der freiwilligen Anerkennung der Aechtheit die vorbehaltenen Be-

45) J. R. A. §. 52.

46) C. 30 X. de test. et att. (2, 20), K. G. O. von 1496 tit. 12 §. 5, 6, von 1500 tit. 36 §. 5, 6, von 1508 tit. 1 §. 13, 14, von 1555 III. 17 §. 1, Conc. von 1613 III. 22 pr., J. R. A. 54.

47) Nov. 90 c. 4, 7 (παραγραφαὶ sind Einreden, nicht disputationes, wie die Vulgata übersetzt — vgl. Bethmann-Hollweg III. §. 155 Note 45, §. 156 Note 3), c. 15 X. de test. et att. (2,20), K. G. O. von 1496 tit. 12 §. 6, 7, von 1500 tit. 36 §. 6, 7, von 1508 tit. 1 §. 13, 16, 17, von 1555 III. 18—20, R. A. von 1570 §. 97, Dep. A. von 1600 §. 135, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 23—25, J. R. A. §. 56, 57.

48) Dies schreiben die Reichsgesetze als Regel vor, obschon sie davon ausgehen, daß dem Probaten nicht vorher schon eine Abschrift zugegangen ist. Vgl. G. B. vom 5. Juni 1584, Conc. der K. G. O. von 1613 III. 22 §. 1, J. R. A. §. 35, 39, G. B. vom 12. Jan. 1660.

49) S. die vor. Note, und über das Materielle §. 24 S. 243.

weiseinreden nunmehr ausführen, oder die ihm erst durch die Einsicht der Originalurkunde bekannt gewordenen jetzt noch zur Geltung bringen. Dagegen ist bloßer Rechtsausführungen wegen den Parteien die Impugnation und Salvation des Urkunden-beweises nur dann zu gestatten, wenn derselbe an sich oder wegen eines nothwendig gewordenen Aechtheitsbeweises oder mit Rücksicht auf die Beweiseinreden von complicirterer Natur ist.[50]

3. Ist der Beweis durch die producirten Beweismittel nicht vollständig erbracht worden, so legt der Richter schließlich ex officio den Ergänzungs- oder Reinigungseid auf,[51] und als ein Reinigungseid ist auch der Diffessionseid zu betrachten.[52]

Daß die Sachverständigen kein eigentliches Beweismittel sind, ist bei früherer Gelegenheit ausgeführt worden. Dennoch können sie nicht bloß in Verbindung mit einem gewöhnlichen Beweisverfahren in Anwendung gebracht werden, z. B. zum Zweck des Gegenbeweises, um die Unmöglichkeit der vom Probanten zu beweisenden Thatsache darzuthun,[53] wo sie sich dann der Ordnung des Beweisverfahrens unterordnen müssen, sondern auch sonst nimmt ihre, übrigens von beiden Parteien ausgehende Benennung, das Vorschützen von Einreden gegen die benannten Sachverständigen, die Abgabe ihres Erachtens, und die Aeußerung der Parteien über dasselbe einen ähnlichen Verlauf wie der Zeugenbeweis. Man kann daher in formaler Beziehung recht wohl von einem Sachverständigenbeweise reden.

So zeigt sich, wie das Princip der Reihenfolge das ganze Verfahren beherrscht, wie von Anfang bis zu Ende zu der bedingten Handlung erst nach Erledigung der bedingenden fortgeschritten wird. Darin liegt aber zugleich, daß keine einer früheren Stufe angehörige vortheilhafte Handlung auf einer späteren Stufe zugelassen wird. Das Geständniß allerdings wirkt nachtheilig für den Gestehenden, mag es vorgebracht werden, wann es will.[54] Dagegen ist, wie früher gezeigt, weder dem Gegenbeweise,[55] noch dem Beweise zur Gewissensvertretung gegenüber[56] wieder ein Gegenbeweis statt-

50) Vgl. die in Note 47 citirten Reichsgesetze, und dazu Heffter: System §. 395.

51) S. §. 26.

52) S. §. 24 Note 85, 86.

53) S. §. 44 Note 38.

54) S. §. 19 Note 7, 8.

55) S. §. 20 Note 3.

56) S. §. 27 Note 41.

haft, weil in einem solchen ein verspäteter Hauptbeweis liegen würde. Eben so wenig ist der Kläger berechtigt, die Klage (Klagbitte) zu verändern[57] und ihr eine neue zu substituiren, oder in demselben Verfahren zum zweiten Mal zu klagen, nachdem sich der Verklagte einmal auf die ursprüngliche Klage eingelassen hat. Vor der Litis Contestation ist eine solche Aenderung gestattet, nachher nicht.[58] Zwar kann der Kläger noch nach der Litis Contestation den Namen der Klage ändern, auf den es überhaupt nicht ankommt,[59] nicht minder einen Theil des Klaganspruchs gegen Ersatz der durch die ursprüngliche Mehrforderung verursachten Kosten fallen lassen, und darum auch im Falle der pluris petitio causa dem Verklagten die Wahl zwischen dem anfänglich allein eingeklagten Object und anderen Objecten einräumen. Es ist ihm aber nicht erlaubt, nachträglich die Anerkennung eines anderen Rechts (und nicht etwa bloß einer anderen Art von Recht) zu fordern, oder eine andere Art der Leistung (dare statt restituere), oder ein anderes Object (ausgenommen das quanti ea res est, wenn er die Berufung des Verklagten auf den Untergang des eingeklagten Objects durch die Nachweisung der Haftungspflicht zu elidiren vermag[60]);

57) Vgl. über diesen Gegenstand Gönner: Handbuch I. 20, Glück: Commentar VI. §. 504, Bayer: Ueber die Aenderung des Klaglibells, Landsh. 1819, Langenn und Kori: Erörterungen practischer Rechtsfragen I. 17, Buchka: Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß II. §. 18, Planck: Die Lehre vom Beweisurtheil §. 37, Bolgiano im Arch. für civ. Pr. Bd. LX. S. 252 fg. und so viel den römischen Formularproceß anbelangt, Keller: Der röm. C. Pr. §. 44 Note 508, §. 68.

58) Daß die editio actionis, im justinianeischen Recht gleichbedeutend mit der Mittheilung der Klage an den Verklagten (§. 68 Note 10), die Veränderung der Klage nicht hindert, sagt ausdrücklich l. 3 C. de edendo (2, 1): „Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit aequitas." Indirect aber spricht diese Stelle zugleich aus, daß die contestirte Lis, also der durch die L. C. festgestellte Streitpunct eine Veränderung nicht mehr zulasse, und damit ist die Behauptung des Textes gerechtfertigt. Zwar können §. 34 und §. 35 I. de act. (4, 6) nicht wohl anders verstanden werden, als dahin, daß der Kläger auch noch nach der L. C. seine Klage auf Mehr und auf ein anderes Object richten dürfe, als er ursprünglich gefordert habe. Mit großer Uebereinstimmung aber hat die Doctrin und namentlich die deutsche Doctrin diese isolirten, der Natur der L. C. widerstreitenden Entscheidungen verworfen, die Aenderung des Objects der Klage insbesondere als durch die auth. Qui semel C. quom. et quando (7, 43) beseitigt angesehen. Sehr gründliche dogmengeschichtliche Nachweisungen finden sich hierüber bei Buchka a. a. O. II. §. 18.

59) C. 6 X. de jud. (2, 1), woneben jedoch die treffenden Bemerkungen Savigny's: System V. S. 148 fg. nicht zu übersehen sind.

60) Das Interesse (quanti ea res est) ist ja von dem ursprünglichen Gegenstand der Klage nicht materiell, sondern nur der Form nach verschieden. Eine andere Anwendung desselben Gedankens findet sich in §. 47 S. 582.

namentlich auch nicht Mehr, selbst dann nicht, wenn ihm ein Restitutionsgrund, z. B. die Minderjährigkeit oder ein Irrthum zur Seite steht,[61] es wäre denn, daß das auf Grund der ursprünglichen Klage erwartete Urtheil der selbständigen Klage auf den nachgeforderten Mehrbetrag gegenüber eine exc. rei judicatae erzeugen würde.[62] Eine derartige Aenderung der Klage also braucht sich der Verklagte nicht gefallen zu lassen, weil sie dem durch die Litis Contestation festgestellten Streitverhältniß willkührlich eine andere Wendung gäbe. Er kann vielmehr unbedingt die Zurückweisung des neuen Antrags, und wenigstens dann selbst die Zurückweisung der alten Klage verlangen, wenn jener nicht auf Mehr, sondern auf etwas Anderes geht, als dieser. Denn es liegt alsdann jedenfalls ein Verzicht auf die alte Klage vor, bei dem sich nur fragen kann, ob das Klagrecht, oder ob nur die Instanz habe aufgegeben werden sollen, was eine quaestio facti ist. Dort kann der Verklagte die absolutio ab actione, hier die absolutio ab instantia beantragen, oder auch statt dessen das Verfahren fortsetzen, um gleichfalls die absolutio ab actione zu erwirken.[63]

Dasselbe nun, was von der Aenderung der Klage, d. i. der Klagbitte gilt, muß auch von der Aenderung der Klagthatsachen gelten. Dies folgt für persönliche Klagen einfach daraus, daß Forderungsrechte durch ihren Entstehungsgrund individualisirt werden; die Berufung auf einen anderen Entstehungsgrund als den zuerst angeführten ist die Behauptung eines anderen Forderungsrechts[64] und folgeweise eine Aenderung der Klagbitte. Aber auch die übrigen Klagen, die actiones in rem, lassen eine Aenderung der Klagthatsachen nicht zu. Denn wenngleich sie derselben zu ihrer genaueren Bestimmung (demonstratio) nicht bedürfen,[65] so würde doch die natürliche Ordnung umgekehrt werden, wenn der Kläger den einmal aufgestellten und beantworteten Klagthatsachen beliebig andere substituiren dürfte. Zudem konnte der Kläger von jeher auch bei Anstellung einer in rem actio gleich

61) S. §. 53 Note 7.

62) Wie in den Fällen der l. 4 C. depos. (4, 34) und der l. 13 C. de usur. (4, 32), l. 4 C. de jud. (3, 1), l. 1 C. si adv. rem. jud. (2, 27). Vgl. dazu §. 47 Note 15b, §. 53 Note 15a.

63) S. §. 46 Note 7.

64) S. Note 6, 7.

65) S. §. 47 Note 56, 58.

den Entstehungsgrund des Klagrechts anführen, und dadurch die Wirkung der Rechtskraft dergestalt beschränken, daß er nicht verhindert war, demnächst aus einem anderen Entstehungsgrunde zu klagen.[66] Hier war dann die angestellte Klage in ähnlicher Weise individualisirt, wie eine persönliche Klage, weshalb es sich von selbst verstand, daß, sobald Lis contestirt war, die Klagthatsachen nicht mehr geändert werden durften. Nun hat der J. R. A. §. 34 das, was bis dahin Sache der freien Wahl gewesen war, dem Kläger zur Pflicht gemacht; die Klagthatsachen sollen immer und überall gleich in dem Klaglibell vorgetragen werden. Somit ist heut zu Tage jede Klage auf den speciell angeführten Klaggrund beschränkt,[67] und es muß mithin auch dessen nachträgliche Abänderung stets der Klage selbst einen anderen Character geben.

Nicht bloß die Aenderung aber, sondern auch die Ergänzung und Vervollständigung der Klagthatsachen ist unzulässig. Hierfür gibt es allerdings einen anderen Grund nicht, als den vorhin der Ordnung des Verfahrens entlehnten. Hat der Kläger das zur Begründung seiner Klage Erforderliche zu rechter Zeit zu behaupten versäumt, so kann er durch Nachholung des Versäumten die Abweisung der Klage nicht mehr abwenden. So namentlich, wenn er eine der Thatsachen, welche das Klagrecht bedingen, gar nicht, oder nicht speciell genug behauptet, oder ein Rechtsverhältniß, z. B. die Erbenqualität, nicht in seine factischen Voraussetzungen aufgelöst hat. Dagegen ist nicht nur die Nachholung, sondern sogar die Berichtigung und Abänderung solcher Puncte gestattet, welche den Ort, die Zeit und sonstige Modalitäten einer behaupteten Thatsache betreffen, vorausgesetzt, daß diese selbst dadurch keine andere wird. Eben so dürfen Behauptungen, welche zu unbestimmt oder allgemein gefaßt sind, genauer specialisirt, und solche Thatsachen, zu denen nur auf dem Wege der Schlußfolgerung oder Präsumtion zu gelangen ist, durch die ihnen entsprechenden factischen Voraussetzungen ersetzt werden. Es kommen hier überhaupt die Gesichtspuncte in Betracht, welche oben in Betreff der erforderlichen Specialität der Behauptungen und der Richtung des Beweisantritts aufgestellt worden sind, Gesichtspuncte, welche zugleich Aufschluß über den möglichen Anlaß zu den besprochenen Verbesserungen des

---

66) S. §. 47 Note 60, 61.
67) S. §. 47 Note 63.

Klaggrundes geben, und wie auf den Klaggrund, so auch auf die Einreden und Repliken Anwendung finden.

Auf der anderen Seite ist den Parteien nicht untersagt, Handlungen, welche einer späteren Stufe angehören, schon auf einer früheren vorzunehmen. Insbesondere dürfen sie Handlungen anticipiren, die ihnen nachtheilig sind, z. B. nachtheilige Thatsachen als wahr anerkennen, bevor sie behauptet, die Aechtheit von Urkunden zugestehen, bevor sie im Original producirt worden sind. Wollen sie aber gleichwohl die Wirkung solcher Handlungen nicht gelten lassen, so müssen sie dieselbe mittelst des geeigneten Gegenangriffs sofort zu elidiren suchen, d. h. diesen Gegenangriff gleichfalls anticipiren. Hier handelt es sich dann um die Anticipation einer vortheilhaften Handlung, und diese Art der Anticipation ist nicht nur statthaft, sondern sogar zur Erhaltung der fraglichen Handlung nothwendig. Erkennt z. B. der Kläger gleich in der Klage an, daß dem Verklagten die exc. pacti de non petendo oder non adimpleti contractus u. s. w. zustehe, so muß er, um die Klage aufrecht zu erhalten, sofort auch seine Repliken vortragen; versäumt er dies, so wird er mit der Klage gar nicht gehört.[68] Indeß ist die Anticipation vortheilhafter Handlungen keineswegs durch einen solchen Anlaß bedingt; sie ist überall gestattet, wo sie keine Verwirrung anzurichten droht. So kann der Probant schon mit dem Beweisantritt seine Urkunden im Original vorlegen, oder mit der Production einer Privaturkunde und vor deren Diffession den Beweis der Aechtheit antreten. Namentlich aber steht es jedem Theile frei, seinen Behauptungen, ohne des Gegners Antwort zu erwarten, „die probatoria um sein selbst Bestes willen zu Beschleunigung der Sachen" beizufügen, „vornehmlich wann sie in brieflichen Urkunden bestünden".[69] Ueber die producirten Urkunden soll sich der Gegner auch umgehend erklären,[70] wogegen der anticipirte Antritt des Zeugenbeweises zwar nicht geradezu für unzuläßig zu halten ist,[71] aber doch, weil er das Verfahren leicht

---

68) S. §. 19 Note 8.

69) J. R. A. §. 35, so wie §. 39, 46. Man redet hier von „anticipirter Beweisführung", über welche zu vgl. sind Gönner: Handbuch II. 40, Mittermaier im Arch. für civil. Pr. I. 8, 15, Planck a. a. O. (Note 57) §. 38.

70) J. R. A. §. 39, 46.

71) Daß der J. R. A. unter den in §. 35 genannten Beweisthümern den Zeugenbeweis nicht begreift, ergibt sich aus §. 39 vgl. mit §. 47, und ein Gleiches muß daher von den Beweisthümern des §. 46 gelten. Vgl. Planck

verwirren könnte, den Gegner nicht zur Einlassung verpflichtet, was gleicher Weise von der anticipirten Eidesdelation gelten muß.[72] Indeß überhebt, von besonderen Umständen abgesehen,[73] selbst der anticipirte Urkundenbeweis einer nachfolgenden Beweisauflage nicht, weil einestheils dem Probanten die Verbesserung und Vervollständigung seines Beweises (jedoch nicht die Zurückziehung der bereits im Original vorgelegten und dadurch gemeinschaftlich gewordenen Urkunden), und dem Probaten der Gegenbeweis offen gelassen werden muß.[74] Er hat daher kaum einen anderen Zweck, als den Gegner vom Leugnen und von einem weitläufigen Beweisverfahren abzuschrecken, oder dem Probanten zum Voraus Gewißheit über das Vertheidigungssystem seines Gegners zu verschaffen, damit er sich bei Zeiten nach anderen Beweismitteln umsehen könne. Die freiwillige Anticipation des Beweises ist demnach wesentlich verschieden von der für außerordentliche Anträge geforderten Liquidität.[75] Wo diese mangelt, wird der durch sie bedingte Antrag zurückgewiesen, nicht aber demnächst Beweis aufgelegt.

Um die Liquidität, nicht um die Anticipation des Beweises, wennschon um eine Anticipation anderer Art, handelt es sich nun auch da, wo der Verklagte vermittelst einer peremtorischen Einrede die Einlassung auf den Proceß von sich abzuwenden, und den Richter zur sofortigen Abweisung der Klage zu bestimmen sucht.

---

a. a. O. §. 38 Note 2. Um aber das, was in §. 47, 48 vom Antritt des Zeugenbeweises gesagt wird, richtig zu würdigen, muß man bedenken, daß nach dem System des J. R. A. der Beweisantritt über die Klagthatsachen mit der Replik, der Beweisantritt über die Einreden mit der Duplik verbunden werden soll. Ein alle streitigen Thatsachen zusammenfassendes Beweisverfahren kennt der Reichsproceß überhaupt nicht.

72) Von der Eidesdelation, welche in den Reichsgerichten wegen des juramentum dandorum et respondendorum überhaupt selten zur Anwendung kam — vgl. Tafinger: Inst. jur. cam. §. 830 not. i —, spricht der J. R. A. nicht, und schon deshalb, d. h. weil kein Gesetz es vorschreibt, kann der Delat nicht verpflichtet sein, sich sofort auf den Eid zu erklären. Zu ihrer Gleichstellung mit dem Zeugenbeweis aber gelangt man außerdem auch aus inneren Gründen. Da der Delat befugt ist, sein Gewissen durch Beweis zu vertreten, so müßte er von dieser Vertheidigung auch sofort Gebrauch machen, und dazu gibt das erste Verfahren keine passende Gelegenheit. Vgl. auch Planck a. a. O. S. 359. Anders verhält sich die Sache nach sächsischem Recht. Vgl. Biener: Syst. proc. jud. I. §. 102.

73) Wie namentlich, wenn sich bereits die volle Liquidität der in Frage stehenden Thatsachen in Folge der Erklärungen des Probaten herausgestellt hat. Vgl. Planck S. 360.

74) Vgl. Planck a. a. O. S. 360, 361.

75) S. §. 21 Note 11.

Hiermit verhält es sich so.[76] Die Glosse fand im R. R. den Ausspruch, daß eine verglichene Sache nicht von Neuem Gegenstand des Processes werden solle,[77] und folgerte daraus, daß die exc. rei transactae von der Litis Contestation befreie, und deshalb vor derselben vorgeschützt werden könne.[78] Wegen der zwischen Vergleich und Judicat bestehenden Verwandtschaft aber legte sie der exc. rei judicatae die gleiche Wirkung bei.[79] Und da mehrere Stellen des R. R. in anderen Beziehungen neben dem Vergleich und Judicat die „res finita" genannt hatten,[80] so nahm Innocenz IV. keinen Anstand, auch die Berufung auf sie den proceßhindernden Einreden beizuzählen.[81] Es lag nunmehr der Doctrin ob, festzustellen, was unter der exc. rei finitae zu verstehen sei. Die Lösung dieser Aufgabe aber wollte den italie-

76) Vgl. über das Folgende Gönner: Handbuch IV. 78, Goldschmidt: Abh. aus dem deutschen gem. C. Pr. Nr. 2, Mittermaier im Archiv für civ. Pr. I. 31, Gensler das. I 32, Guyet in der Zeitschrift für C. R. und Pr. VII. 13, Albrecht: Die Exceptionen des gem. teutschen C. Pr. §. 25 S. 119 fg., §. 27 S. 129 fg., §. 35 S. 170, §. 37 S. 181 fg. Speciell betreffs des C. R. vgl. Rothe: Historia exceptionum litis ingressum imped. ex jure can. desc. Berol. 1858, Müchel: Das Verf. bis zur Litiscontestation im ord. can. Pr. §. 14, und für das italienische Recht Wach: Der Arrestproceß I. S. 195 fg.

77) L. 23 §. 3 D. de cond. ind. (12, 6): „Potuit autem quis, si quidem ante litis contestationem transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem." S. auch l. 10, 16 C. de transact. (2, 4).

78) Gl. Contestari] ad l. 23 §. 3 D. de cond. ind.

79) S. das Citat der vorigen Note.

80) Vgl. l. 1 §. 12 D. ad S. C. Tertull. (38, 17): „Quod ait Senatus, quae judicata, transacta, finitave sunt, rata maneant, ita intelligendum est, ut judicata accipere debeamus ab eo, cui judicandi jus fuit, transacta, scilicet bona fide, ut valeat transactio, finita, vel consensu, vel longo silentio sopita." Auf dasselbe S. C. scheinen sich zu beziehen l. 229, 230 D. de V. S. (50, 16): „Transacta finitave intelligere debemus, non solum quibus controversia fuit, sed etiam quae sine controversia sunt possessa. — Ut sunt judicio terminata, transactione, compositione, longioris temporis silentio finita." Vielleicht haben diese Stellen eine ähnliche Beziehung wie die nov. 19. Von einer causa longo silentio finita ist auch in l. 2 §. 2 D. ne de statu def. (40, 15) die Rede, und in l. 13 pr. D. jud. solvi (46, 7) heißt es: „— Proinde si forte lis finita fuerit, ad quam defensio erat necessaria, vel solutione, vel transactione, vel acceptilatione, vel quo alio modo, consequenter placuit, evanescere ob rem non defensam clausulam.

81) C. 1 in VI. de L. C. (2, 3): „Exceptionis peremtoriae seu defensionis cujuslibet principalis, cognitionem negotii contingentis, ante litem contestatam objectus,, nisi de re judicata, transacta, seu finita excipiat litigator, litis contestationem non impediat, nec retardet." Vgl. zu dieser Stelle Rothe l. c., und dazu Müchel S. 86. Auf diese Frage bezieht sich auch eine Decretale von Bonifacius VIII., das c. 2 in VI. eod.: „Si oblato ab actore libello, ex parte rei exceptio peremtoria proponatur: nequaquam per hoc litis contestatio intelligitur esse facta: imo ea non obstante, nisi sit de illis exceptionibus, quae litis contestationem impediunt, fieri oportebit eandem."

nischen Juristen nicht gelingen. Die gangbarste Meinung war allerdings die, daß die exc. rei finitae alle Einreden zusammenfasse, die man seit der Glosse als exceptiones facti bezeichnet hatte;[82] indeß herrschte darüber selbst wieder Streit, welche Einreden zu dieser Classe eigentlich gehörten.[83] Unter solchen Umständen wäre die ärgste Verwirrung unausbleiblich gewesen, wenn sich nicht allmählich die Annahme festgestellt hätte, daß die proceßhindernden Einreden, um als solche vor der Litis Contestation Berücksichtigung zu finden, liquide sein, oder in continenti liquide gestellt werden müßten.[84] Wurden derartige Einreden in das Hauptverfahren verwiesen, falls sie in Ermangelung des paraten Beweises oder zufolge der Vorschützung von Repliken eine ausführlichere Untersuchung („altiorem indaginem", wie man es nannte) erforderten, so war es um so unbedenklicher, dem Collectivbegriff der exc. rei finitae die weiteste Ausdehnung zu geben, als notorische Einreden nach den herrschenden Grundsätzen[85] ohnehin eine Abweichung von dem ordo judiciorum gestatteten.[86]

---

82) S. die Nachweisungen bei Albrecht a. a. O. S. 121, und dagegen Müchel S. 86 fg. S. 89, dessen Deduction auf der irrthümlichen Voraussetzung beruht, daß die von Innocenz IV. in dem Commentar zu den Decretalen vorgetragenen Lehren legis vicem haben.

83) Ueber den Gegensatz der exceptiones facti und exceptiones juris vgl. §. 17 Note 21, und über den Text Albrecht S. 118, 119.

84) Dieses formale Erforderniß hat mit Beziehung auf die gl. Exceptioni] ad l. 9 pr. D. de jurejur., wie es scheint, zuerst Bartolus ad eund. loc. nr. 2, 8, ad l. 13 pr. D. jud. solvi nr. 3, ad l. 23 §. 3 D. de cond. ind. nr. 1 aufgestellt. Außerdem vgl. Baldus ad l. 9 pr. D. de jurejur. nr. 1, Joa. Petr. de Ferrariis: Prax. aur. IV. 23 nr. 3, 4, Petrus de Ancharano ad c. 1 in VI. de L. C. nr. 5, 6, Angelus Aretinus ad §. 4 I. de exc. nr. 11, Felinus Sandeus ad c. 12 X. de exc. nr. 34, 35, Jason ad l. 2 pr. D. de jurejur. nr. 15 sequ., Maranta: Aur. prax. VI. de exceptionibus, nr. 13—16.

85) S. §. 20 Note 20.

86) Schon Durantis II. 1 de lit. cont. §. 2 nr. 26 bemerkt: „Dicunt quidam, quod si de levi potest probare (sc. exceptionem peremtoriam), audietur ante litis contestationem, alioquin non, — nisi opponat exceptionem pacti vel rei judicatae", und Joa. Andreae in add. Dicunt quidam] bemerkt dazu: „Albertus Galeottus, cujus fuit iste versiculus." In der add. Dixi] ad Dur. II. 1 de except. §. 3 nr. 3 aber führt Joa. Andreae, wie es scheint zustimmend, die Meinung des Ubertus de Bobbio an, nach welcher es dem Verklagten gestattet sein soll, seine peremtorischen Einreden vor der L. C. vorzuschützen, um sich von derselben frei zu machen, „si reus sine interrogatione actoris ostendit instrumentum, per quod peremtoria sua probatur, et actor non reclamat, vel reclamare non potest, — cum evidens sit actoris calumnia." Außerdem vgl. Baldus ad l. 4 C. de pact. nr. 8, Panormitanus ad c. 1 X. de O. N. N. nr. 10, Angelus Aretinus ad §. 4 I. de exc. nr. 10 in med., 11, Felinus Sandeus ad c. 12 X. de except. nr. 35, Gaill: Obs. I. 16 nr. 6,

Es darf daher nicht wundern, daß man unter der Voraussetzung der Liquidität endlich alle peremtorischen Einreden als proceßhindernd gelten ließ;[87] wenigstens ist dies die Auffassung, welche ziemlich allgemein in Deutschland[88] zur Anerkennung gelangte, und die namentlich bei den neueren Juristen die herrschende ist.[89]

---

und besonders Hartmann Hartmanni: Pract. obs. III. 9, obs. 1, (wo sich weitere Nachweisungen finden).

87) Guyet a. a. O. (Note 76) S. 454 beruft sich hierfür auf Alciatus: Comm. in tit. Dig. de V. S. l. 229 nr. 7, wo es heißt: „Unde generaliter proditum est, quamcunque exceptionem peremtoriam, qua evidenter et in continenti constare possit, non potuisse reum in jus vocari, litis contestationem impedire, veluti, quotiens constat, actionem nullam actori competere, ut quia lex dicat, ejus rei nomine actio nulla petitiove ne sit. Idem si agentis nihil intersit. — Nam recepti juris est, nullam exceptionem, etiam rei judicatae contestationem et causae statum impedire, nisi statim probare possit, idque se facturum reus recipiat.“ Allein in Wirklichkeit stimmt diese Aeußerung mit den Citaten der Note 84 völlig überein.

88) Die Reichsgesetze bieten hierfür freilich keine Bestätigung. Die K. G. O. von 1508 tit. 4 §. 1 wiederholt lediglich die Bestimmungen des c. 1 in VI. de L. C. (2, 3) verb. „— es wären denn die Auszüge, da die Sache mit Urtheil entschieden, vertragen oder der Krieg Rechtens vollendet wäre“ —, und die späteren K. G. Ordnungen behandeln die proceßhindernden Einreden („peremtorias in vim dilatoriarum“) auch rücksichtlich des Beweises ganz wie dilatorische, verlangen also keine Liquidität für sie. Vgl. K. G. O. von 1523 tit. 3 §. 1, 2, von 1527 §. 9, von 1555 III. 24 §. 1. Mit dieser völligen Gleichstellung beider Arten von Einreden steht es ferner in Einklang, daß die R. A. von 1570 §. 89 und von 1594 §. 59, 63 die eventuelle Verbindung der L. C. mit den dilatorischen und proceßhindernden Einreden vorschreiben. Eine Hindeutung auf die proceßhindernden Einreden scheint auch der J. R. A. §. 38 zu enthalten; danach soll der Verklagte, wenn er um Prorogation des ersten Termins bittet, nichts desto weniger seine „verzöglichen und andere dergleichen exceptiones in diesem ersten Termin vorbringen, mit dem Anhang, so er deren eine oder mehr oder sie alle unterlassen würde, daß ihm hernach der Weg solches zu thun oder vorzubringen benommen sei.“

89) Bei den deutschen Juristen haben sich die Ansichten der Italiener noch lange Zeit erhalten. Wesentlich auf gleichem Boden mit den in Note 84 genannten Juristen stehen Petrus Termineus: Proc. jur. c. 27, Wurmbser: Observ. tit. 8 §. 3—5, Gaill: Obs. II. 17 nr. 2, Zanger: Tr. de exceptionibus III. 17 nr. 109, III. 20 nr. 1, Carpzov: Defin. I. 3 def. 15, Mevius: Decis. I. 215, III. 225, 226, Pufendorf: Introd. in proc. civ. II. 5 §. 12—18, Carrach: Anleitung zum Proceß I. 4 §. 11, Gesterding: Irrthümer S. 161 fg., Mittermaier a. a. O. (Note 76) I. S. 439 fg. Eine andere Reihe von Juristen dagegen stellte den auch in der italienischen Doctrin (Note 86) anerkannten Satz an die Spitze, daß alle peremtorischen Einreden von der L. C. befreiten, wenn sie notorisch, d. h. liquide seien, und räumte daneben den im c. 1 in VI. de L. C. (2, 3) genannten Einreden anfänglich zwar noch einen Vorzug in Betreff des Beweises ein, gab jedoch späterhin diesen Unterschied auf, um der Begrenzung des so überaus streitigen Gebiets der alten proceßhindernden Einreden ganz überhoben zu sein. Vgl. Chil. König: Proceß c. 45 §. 1—3, §. 8, Hartmann Hartmanni: Pract. observ. III. 9 obs. 1, Perneder: Gerichtlicher Proceß III. tit. de except., Colerus: De proc. execut. IV. 1 nr. 151 sequ., Brunnemann: Tr. jurid. de proc. fori c. 16 nr. 5, 6, Ludovici: Einleitung zum C. Pr. c. 14 §. 3, J. H. Boehmer: J. E. P. II. 25 §. 12 in f., Schaumburg: Princ. prax. jurid. jud. I. 1 m. 2 c. 4 §. 10, Seyfart: Teutscher R. Pr. c. 6 §. 10, Clap-

Geht man nun von der oben dargestellten natürlichen Reihenfolge der Parteihandlungen aus, so fällt in die Augen, daß der Verklagte, wenn er peremtorische Einreden vorschützt, um sich von der L. C. frei zu machen, eine ihrer Natur nach der L. C. nachfolgende Handlung anticipirt, und soll verlangen können, mit dieser Anticipation zugelassen zu werden.

Eine Anticipation ganz ähnlicher Art aber ist dem Verklagten von dem C. R. und den Reichsgesetzen in Betreff der sachlichen exc. dilatoriae nicht bloß gestattet, sondern geradezu vorgeschrieben, indem er dieselben, gleich den ihnen beigezählten Proceßeinreden vor der L. C. vorschützen soll, und zwar ohne daß sie liquide zu sein brauchen. Daß dies principiell unrichtig ist, kann jetzt (vgl. §. 14 Note 92 fg.) als feststehend gelten. Da jedoch nach dem J. R. A. mit den dilatorischen Einreden (wenn sie nicht forideclinatorisch sind) eventuell gleich die Gegenbitte, und mit der Gegenbitte wieder die peremtorischen Einreden zu verbinden sind, so ist von der Anticipation der Einreden nur so viel übriggeblieben, daß deren Liquidität den Richter veranlaßt, die Klage ohne weiteres Eingehen in die Sache abzuweisen, einer liquiden Peremtoria wegen definitiv, einer liquiden Dilatoria wegen bald zur Zeit, bald wie angebracht, nur vorausgesetzt, daß die Einrede wirklich liquide ist, und nicht bloß in continenti liquide gestellt werden kann.[90]

Das Eventualprincip.*

§. 71.

Während die successive Vornahme derjenigen Parteihandlungen, welche in einem Bedingungsverhältniß zu einander stehen, schon durch die Natur der Sache gefordert wird, läßt sich für die

roth: Einleitung II. §. 137, 138, Danz: Grundsätze §. 188, Gönner: Handbuch IV. 78, Grolman: Theorie §. 172, Guyet a. a. O. (Note 76), Albrecht a. a. O. (Note 76) S. 181, Heffter: System §. 140, Schmid: Handbuch II. 102 und Andere. Besonders die sächsische Praxis wirkte auf die Beseitigung jenes Unterschiedes hin, wie schon Colerus l. c. nr. 160 bezeugt. Vgl. auch Biener: Syst. proc. jud. I. §. 70.

90) Die Gestattung eines besonderen Termins für die Liquidstellung würde dem J. R. A. §. 37 in f. und §. 40 widerstreiten, welcher nur den forideclinatorischen Einreden die Suspension der L. C. beimißt. Die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller variiren; für die Behauptung des Textes aber hat man sich auch in Sachsen ausgesprochen. Vgl. Biener l. c. I. §. 70 not. 6, 7.

*) Brandis: Diss. de eo, quod in litibus sub conditione fieri debet (Eventualmaxime), comm. I. Goett. 1830. Albrecht: Die Ausdehnung des Eventualprincips im gemeinen C. Pr., Marb. 1837. Planck: Die Lehre von dem Beweisurtheil, Gött. 1848.

mit einander concurrirenden Handlungen ein Princip von gleicher inneren Nothwendigkeit nicht aufstellen. Stehen einer Partei auf irgend einer Stufe concurrirende Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu Gebote, so ist an sich ebensowohl ein successives wie ein gleichzeitiges Vorbringen möglich. An sich müßte es mithin den Parteien frei gelassen sein, sich des einen oder anderen Modus zu bedienen. Indeß trägt die Gestattung des successiven Vorbringens die große Gefahr in sich, daß sie eine bequeme Gelegenheit zur Verschleppung des Verfahrens bietet. Ist es dem Verklagten um Verzögerung des Urtheils, oder einem Advocaten um Ausbeutung des Processes zu thun, so braucht er nur beliebige Scheingründe vorzutragen, und über einen nach dem anderen ein umständliches Beweisverfahren einzuleiten. Dieser Gefahr gegenüber bedarf es Garantien, welche die Parteien zum Zusammenfassen ihrer Vertheidigungsmittel nöthigen; und im römischen und canonischen Recht, die beide das successive Vorbringen gestatteten, finden wir dieserhalb folgende Vorschriften.

Im römischen Formularproceß war der Verschleppung des Verfahrens durch die Proceßverjährung vorgebeugt. Da die judicia legitima mit dem Ablauf von 18 Monaten, die judicia imperio continentia mit dem Abgang desjenigen Magistrats erloschen, welcher die actio ertheilt hatte,[1] so mußte der Kläger Sorge tragen, daß binnen jenen Fristen der Proceß zu Ende kam. Für den Kläger empfahl es sich daher von selbst, das seinem Zwecke Dienliche in möglichster Vollständigkeit so zeitig vorzutragen, daß die dem Verklagten für die Vertheidigung zu gewährende Dilation die Proceßfrist nicht absorbirte, und hinwiederum that auch der Verklagte wohl, die Zeit zu dem Nothwendigen und Erheblichen sich nicht durch das Hereinziehen von undurchführbaren und simulirten Vertheidigungsgründen zu verkürzen. In das justinianeische Recht aber ist die Proceßverjährung nicht übergegangen. Die Verordnung Justinian's,[2] welche häufig von der Einführung einer dreijährigen Proceßfrist verstanden worden ist, stellt zwar den allgemeinen Satz auf, daß die Processe nicht über drei Jahre dauern sollen, wendet ihn aber nur auf das Ausbleiben einer der beiden Parteien nach der Litis Contestation an. In

1) Gai. IV. §. 104, 105, und dazu Keller: Ueber L. C. und Urtheil, §. 15, 16.

2) L. 3 C. de jud. (3, 1).

diesem Falle soll die erschienene Partei ein Urtheil beantragen können, sofern der Ablauf des triennii bevorsteht, und der Abwesende zuvor drei Mal in Zwischenräumen von 10 Tagen geladen worden ist. Daß das Verfahren erlösche, wenn es in Folge zu vielen Handelns drei Jahre gedauert habe, wird mit keinem Wort angedeutet.[3] Dagegen gehört ein neueres Gesetz Justinian's, die nov. 115 c. 2, recht eigentlich hierher. Schon früher war anerkannt, daß der Richter nicht eher zum Endurtheil schreiten dürfe, als bis er die Sache vollständig erörtert, und sich durch Befragen der Parteien überzeugt habe, daß dieselben nichts Neues hinzufügen wollten.[4] Um nun etwaigen Chicanen zu begegnen, verordnete jenes Gesetz, daß da, wo nur die eine Partei auf weiteres Vorbringen verzichte, der anderen zur Beibringung aller ihrer rückständigen Vertheidigungsgründe drei Mal eine einmonatliche Frist gegeben, und nach deren Ablauf ohne Verzug das Urtheil gefällt werden solle. Womit in der That dem Verschleifen des Verfahrens durch vereinzelte Nachträge in wirksamster Weise vorgebeugt war.

Daß nun diese Vorschriften des R. R. im C. R. keine wesentlichen Veränderungen erlitten haben, darf ohne Bedenken angenommen werden. Die s. g. dreijährige Proceßverjährung wird zwar einmal erwähnt, jedoch in der unverkennbaren Absicht, ihr die Fähigkeit zur Vernichtung des Verfahrens abzusprechen, und in so ablehnender Weise, daß ihr kaum die Beziehung auf das Contumacialverfahren belassen zu sein scheint.[5] Andererseits tritt der Verzicht der Parteien auf weiteres Vorbringen unter der Bezeichnung „concludere in causa", „conclusiones" als eine regelmäßige Voraussetzung des Endurtheils auf,[6] wenigstens im ordentlichen Verfahren.[7] Und wenngleich daneben nicht speciell von einer Nöthigung zum Beschluß der Sache nach Anleitung der nov. 115 c. 2 (der auth. Jubemus C. de judiciis) die Rede ist,[8] so ist doch sonst bekannt, daß die geistlichen Gerichte vor dem Be-

---

3) S. §. 49 zu Note 72—83, und **Pfordten**: De obligationis civilis in naturalem transitu, Lips. 1843 p. 26, **Buchka**: Die Lehre vom Einfluß des Pr. II. S. 52 fg.

4) L. 9 C. de jud. (3, 1).

5) C. 20 X. de jud. (2, 1), und dazu §. 49 Note 84.

6) Vgl. c. 11 C. 30 qu. 5, c. 8 X. de proc. (1, 38), c. 5 in f. X. de causa poss. et propr. (2,12), c. 11 X. de prob. (2,19), c. 9, 10 X. de fide instr. (2,22).

7) S. dagegen c. 2 **Clem.** de V. S. (5,11).

8) Eine Hinweisung darauf findet **Durantis** II. 1 de except. §. 3 nr. 4 in c. 7 X. de in int. rest. (1, 41).

schluß einen eigenen Termin ad producendum omnia ansetzten.[9] Wie denn jenem römischen Schluß- und Präclusivtermin im canonischen Proceß auch eine andere hierher gehörige Erscheinung entspricht. Um der durch das successive Vorbringen concurrirender Angriffs- oder Vertheidigungsmittel ermöglichten Verschleppung des Verfahrens vorzubeugen, soll der Richter das gleichzeitige Vorbringen, die Cumulation derselben vorschreiben, und dieserhalb gleichfalls einen Termin oder eine Frist mit Androhung der Präclusion anordnen dürfen. Nach den unmittelbaren Aussprüchen des C. R. ist ihm dies in Betreff der dilatorischen Einreden[10] und der Production von Zeugen,[11] nach der Doctrin auch rücksichtlich der peremtorischen Einreden[12] gestattet.

Gerade diese Einrichtung aber hat für das heutige Recht eine besondere Wichtigkeit erhalten. Denn ausgedehnt auf alle gleichartigen Proceßhandlungen und abgelöst vom richterlichen Ermessen, ist sie von Anfang an in den R. G. Proceß, so wie demnächst auch in den Proceß der Territorialgerichte aufgenommen, und auf beiden Gebieten allmählich so consequent durchgeführt worden, daß sie in ihrer heutigen Gestalt mit gutem Recht als ein Princip[13] unseres Verfahrens, und zwar nach der im §. 69 a. E. gegebenen Erläuterung als das Eventualprincip bezeichnet zu werden verdient.

Das aber, was der Territorialproceß für die Ausbildung des Eventualprincips gethan hat, führt unmittelbar auf den alt-deutschen Proceß als dessen eigentlichen Ursprung[14] zurück. Der alt-deutsche Proceß nämlich bewegte sich in bestimmten Abschnitten stufenweise vorwärts, und brachte auf jeder Stufe den gerade erörterten Streitpunct durch ein richterliches Urtheil zum definitiven Abschluß.[15] Nachdem die Klage erhoben und die Verpflichtung des Verklagten zur Antwort, wenn überhaupt bestritten, gerichtsseitig festgestellt worden war, folgte zunächst die Einlassung des Ver-

---

9) Dies bezeugt die R. G. O. von 1508 tit. 1 §. 18.

10) C. 4 X. de exc. (2, 25), und dazu §. 49 Note 85a.

11) C. 9 X. de prob. (2, 19), und dazu §. 49 Note 86.

12) S. §. 49 Note 87.

13) Dies nachzuweisen ist die Aufgabe der in Note * citirten Schrift Albrecht's. Siehe S. 3, 4.

14) Vgl. darüber Planck a. a. O. S. 33 fg., S. 42—46. Ueber die Ansätze zu einer Ausbildung der Eventualmaxime in dem c. 2 Clem. de V. S. und die viel weiter gehende interessante particularrechtliche Entwickelung des mittelalterlichen italienischen Processes vgl. Wach: Der Arrestproceß I. S. 191 fg.

15) S. auch §. 51 S. 651 a. E., 652.

klagten auf die Klage, worauf der Kläger seinen Anspruch weiter ausführte, und etwa auch noch der Verklagte eine Widerrede folgen ließ. Stellte sich hierbei heraus, daß die Parteien über die erheblichen Thatsachen nicht einig waren, so wurde auf Beweis erkannt, und der Erbringung des auferlegten Beweises wegen ein anderer Verhandlungstermin angeordnet. So zerfiel das Verfahren in zwei Abschnitte, ein erstes, der Erörterung der Thatsachen zugewandtes Verfahren, und ein Beweisverfahren.[16] Beide waren streng gegen einander abgegrenzt, an besondere Termine gewiesen, und für verschiedenartige Handlungen bestimmt, und stand auch Nichts im Wege, die paraten Beweismittel gleich im ersten Verfahren zu produciren, so durften doch umgekehrt nicht neue Behauptungen in das Beweisverfahren eingeschoben werden. Den Parteien lag also ob, alle zum ersten, und alle zum Beweisverfahren gehörigen Handlungen je mit einem Male vorzunehmen, zwar successive im einzelnen Termin, aber nicht successive in verschiedenen Terminen, und da hierin gerade das Wesen des Eventualprincips besteht, so ist nicht unwahrscheinlich, daß diese Eigenthümlichkeit des alt-deutschen Processes sowohl den vereinzelten Anklängen des C. R., als den durchgeführteren Anordnungen der Reichsgesetze zum Vorbilde dienten. Die beiden Hauptabschnitte des alt-deutschen Processes selbst aber gingen in den K. G. Proceß nicht über, oder richtiger gesagt, wurden von den K. G. O. a. 1521 und a. 1523 nur aufgenommen,[17] um von den späteren sofort wieder aufgegeben zu werden, während sie sich in manchen Territorien, besonders in Sachsen gegen das fremde Recht behaupteten,[18] und von da aus allmählich auch in den von den fremden Proceßgrundsätzen occupirten Gerichten neue Geltung gewannen. So weit indeß das erste Verfahren allein in Frage steht, ist die Gestalt, welche das Eventualprincip in den Reichsgesetzen erhalten hat, als die gemeinrechtliche zu betrachten, und eben darum auch bei Darstellung der verschiedenen Anwendungen des Eventualprincips zu Grunde zu legen.

Bevor diese jedoch im Einzelnen nachgewiesen werden, ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß man in dem Bestreben, das Ver-

16) S. das Citat der Note 14.

17) K. G. O. von 1521 tit. 19 §. 5, 6, 8, 10, von 1523 tit. 3 §. 1, 2, 4, 7, und dazu Albrecht a. a. O. S. 52 fg.

18) S. die Nachweisungen bei Planck a. a. O. S. 184—191.

fahren enger zusammenzuschließen, den Parteien vereinzelt die Verbindung auch solcher Handlungen zur Pflicht gemacht hat, welche nicht mit einander concurriren, sondern in einem Bedingungsverhältniß zu einander stehen. Das Eventualprincip geht hier über seine regelmäßige Function hinaus; es nöthigt zu einer Anticipation. Die bedingte Handlung soll, statt nach der bedingenden, anticipationsweise gleichzeitig mit ihr vorgenommen werden.

Was nun

I. das erste Verfahren anbelangt, so ist den Parteien die Verpflichtung, concurrirende Handlungen zu cumuliren, nicht mit einem Male auferlegt worden, sondern durch eine Reihenfolge von Gesetzen, welche, von den einfachsten Anwendungen ausgehend, zu immer complicirteren Fällen fortgeschritten sind.

1. Die Cumulation gleichartiger Handlungen ist in durchgreifender Weise bereits in den ältesten K. G. Ordnungen vorgeschrieben; alle dilatorischen Einreden,[19] alle peremtorischen Einreden,[20] alle Repliken,[21] alle Dupliken[22] sollen in dem für jede dieser Kategorien bestimmten Termin mitsammt vorgetragen werden.

2. Schon die K. G. O. von 1521 und die nachfolgenden K. G. Ordnungen aber gehen weiter, und verfügen auch die Cumulation von Handlungen, welche ungleichartig sind, jedoch demselben nächsten Zweck dienen, oder wie man statt dessen sagen kann, derselben Stufe angehören. Als solche erscheinen das Leugnen der Klagthatsachen und die peremtorischen Einreden, da beide die Elision des durch die Aufstellung der Klagthatsachen ausgeführten Angriffs bezwecken. Während bis dahin der Verklagte das Resultat des durch sein Leugnen nothwendig werdenden Klagbeweises abwarten konnte, bevor er excipirte, soll er nunmehr auf die Möglichkeit hin, daß jener Beweis gelingen werde, die Peremtorial-Artikel gleich mit den Responsionen verbinden.[23] Nicht bloß für diesen einen Fall aber, sondern für alle Fälle, in denen die Beantwortung eines voraufgegangenen Angriffs mit einem selbständigen Gegenangriff concurrirt, ist die Cumulation geboten. Also auch für die Beantwortung der

---

19) K. G. O. von 1496 tit. 13 §. 1, von 1500 tit. 38 §. 1, von 1508 tit. 5 §. 1, 5.
20) K. G. O. von 1496 tit. 12 §. 8, von 1500 tit. 37 §. 1, von 1508 tit. 4 §. 1, 2.
21) K. G. O. von 1496 tit. 12 §. 9, von 1500 tit. 37 §. 4, von 1508 tit. 4 §. 4.
22) K. G. O. von 1496 tit. 12 §. 11, von 1500 tit. 37 §. 4, von 1508 tit. 4, §. 4.
23) K. G. O. von 1521 tit. 19 §. 8, von 1523 tit. 3 §. 4, von 1527 §. 10, von 1555 III. 15 §. 1, 9, tit. 27 §. 1, 2.

Peremtorial-Artikel und die Repliken,[24] für die Beantwortung der Repliken und die Dupliken[25] u. s. w., ebenso für die Antwort auf die der Litis Contestation vorausgeschickten dilatorischen Einreden und die gegen diese gerichteten Repliken.[26]

3. Auf dem Gesichtspunct der vorgeschriebenen Anticipation dagegen beruht es, daß der R. A. von 1570 §. 89 dem Verklagten zumuthet, gleichzeitig mit der Proposition seiner dilatorischen Einreden eventuell Litem zu contestiren, d. h. der Klagbitte seine Gegenbitte zu opponiren, damit durch den Beweis jener Einreden, wenn ein solcher nöthig ist, das Hauptverfahren nicht aufgehalten werde.

4. Nach der ursprünglichen Anlage des kammergerichtlichen Processes brauchte der Klaglibell nur insofern und insoweit auf die das Klagrecht begründenden Thatsachen einzugehen, als es nothwendig erschien zur Bezeichnung des Rechtsverhältnisses, um dessen Anerkennung gebeten wurde; die Aufstellung der Klagthatsachen erfolgte erst nach der Litis Contestation, und zwar zur Vorbereitung des Beweises in Artikelsform.[27] Die Klagartikel wurden also als durch die Litis Contestation bedingt angesehen. Nun konnte aber der Kläger von jeher die Artikel anticipationsweise gleich in den Klaglibell aufnehmen,[28] was den Vortheil hatte, daß er eine Schrift und einen Termin ersparte. Hatte er einen einfachen Libell (Summari-Klage) eingereicht, so sollte ihm nach geschehener Litis Contestation „zu articuliren Zeit auf nächsten Termin zugelassen sein", wogegen, wenn er seine articulirte Klage statt der Artikel repetirte, der nächste Termin sofort dem Verklagten zu antworten gegeben wurde.[29] Mit Rücksicht hierauf nun verordnete der angeführte R. A. von 1570 §. 88 und 89, der Kläger solle, um nicht vom Articuliren präcludirt zu sein, die Klage nothwendig articulirter Weis stellen, dann aber auch der Verklagte schon im folgenden Termin nicht bloß seine dilatorischen Einreden produciren und eventualiter Litem contestiren, sondern zugleich in

---

24) K. G. O. von 1521 tit. 19 §. 8, von 1523 tit. 3 §. 6, von 1555 III. 28, 29 §. 2.

25) K. G. O. von 1555 III. 29 §. 3.

26) K. G. O. von 1521 tit. 19 §. 5, von 1523 tit. 3 §. 1, von 1555 III. 21 §. 2, tit. 25, 26 §. 2, 3.

27) S. den §. 70 Note 6, 18, 22.

28) K. G. O. von 1496 tit. 12 §. 3, von 1500 tit. 36 §. 3, von 1508 tit. 1 §. 8, von 1521 tit. 19 §. 5, von 1523 tit. 3, von 1555 III. 12 §. 8.

29) Außer den Stellen der vorigen Note vgl. auch K. G. O. von 1555 III. 13 §. 3.

eventum auf die Artikel antworten und seine Peremtorial-Artikel, da er einige hätte, einbringen. Die Präclusion des nachfolgenden Articulirens aber bedeutete im Effecte nur dies, daß der Verklagte nicht schuldig war, sich über die Wahrheit der Klagthatsachen zu erklären. Daher heißt es in dem folgenden §. 90, „da keine articulirte, sondern nur eine summarie Klage einkommen", solle Verklagter in selbigem Termin eben so handeln, wie nächst vermeldt, jedoch mit Hinweglassung der Responsionen. Gewiß waren diese Vorschriften ganz geeignet, das Verfahren in rascheren Gang zu bringen; dennoch blieben sie vorläufig nicht lange in Geltung. Denn der R. A. von 1594 §. 63 stellte das frühere Recht in so weit wieder her, als er den Verklagten von der Verpflichtung befreite, mit den dilatorischen Einreden und der Litis Contestation auch schon die Responsionen und peremtorischen Einreden zu verbinden.[30] Es bedurfte weiterer Erfahrungen, um die Gedanken des R. A. von 1570 zur vollen Reife zu bringen; erst der J. R. A. kehrte zu ihnen zurück. Unter gänzlicher Aufhebung des modus zu articuliren und ad articulos zu respondiren, schrieb dieses Reichsgesetz vor, der Kläger solle die Klage summarischer Weis abfassen, und darinnen das factum kurz und nervose, jedoch deutlich, distincte und klar erzählen, mit angehängter Bitte um Verurtheilung des Verklagten (§. 34), sodann aber der Verklagte kurz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich und klar anzeigen, ob und worin das factum sich anders verhalte und wie es sich eigentlich verhalte, auch dabei einbringen, was er dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, Alles auf einmal, bei Strafe der Präclusion (§. 37). Der Litis Contestation oder Gegenbitte thut auffallend genug der J. R. A. bei dieser Gelegenheit keine Erwähnung. Allein daß er sie nicht abschaffen oder etwas Anderes an ihre Stelle setzen wollte, ergibt sich nicht nur aus der Bezugnahme (§. 37 a. E.) auf den R. A. von 1570 §. 89, sondern kann auch nach dem Gange der Reichsgesetzgebung nicht den geringsten Zweifel unterliegen. Die L. C. geschah schon längst in scriptis,[31] und war demnach für die beabsichtigte Fortbildung des Eventualprincips kein Hinderniß. Zudem wird sie im §. 110 noch ausdrücklich als Bestandtheil des Verfahrens bezeichnet, und nur so

---

30) Vgl. auch das Conc. der K. G. O. von 1613 III. 15 §. 7, 8.

31) R. A. von 1570 §. 89, von 1594 §. 63, Conc. von 1613 III. 15 §. 8. Vgl. dazu §. 14 Note 35.

viel ist daher zuzugeben, daß sie auch stillschweigend ausgesprochen werden kann, durch das Leugnen der Klagthatsachen oder die Opposition von peremtorischen Einreden.[32] Wie demnach der Kläger Klagbitte und Klagthatsachen zu verbinden hat, so muß der Verklagte gleichzeitig der Klagbitte gegenüber mit den dilatorischen Einreden und der eventuellen Gegenbitte, und den Klagthatsachen gegenüber mit deren specieller Beantwortung und den peremtorischen Einreden hervorgehen, — ganz so, wie es abgesehen von der Artikelsform schon der R. A. von 1570 vorgeschrieben hatte. Daß in dem heutigen Klaglibell die Klagbitte als eine aus den Klagthatsachen gezogene Folgerung, und in der Exceptionalhandlung die Gegenbitte als das Resultat der Einlassung auf die Klagthatsachen oder der peremtorischen Einreden oder dieser beiden Stücke hingestellt wird, ist lediglich Sache der Form.

Einige bemerkenswerthe Bestimmungen enthält indeß der J. R. A. noch in Betreff der dilatorischen Einreden. Nach der einen (§. 38) soll der Verklagte, wenn er um Prorogation des für seine Vernehmlassung angesetzten ersten Termins bittet, nichts desto weniger sub poena praeclusi seine „verzügliche und andere dergleichen (litis ingressum impedientes) exceptiones — auf diesen ersten Termin praecise alle sämmtlich mit einander — vorbringen." Diese Vorschrift wird aber, weil mit der reichsgerichtlichen Form des Beweisverfahrens zusammenhängend, nicht mehr beobachtet. Nach der anderen dagegen, die noch fortwährend in Geltung ist (§. 37 in f., §. 40), braucht mit den foridеclinatorischen Einreden, d. h. mit solchen processualischen Einreden, welche den Gerichtsstand oder die Person des Richters betreffen, die eventuelle Einlassung auf die Hauptsache („die eventual-hauptsächliche Handlung") nicht verbunden zu werden. Es ist diese Vorschrift von Wichtigkeit für den Fall, daß die allein vorgeschützten foridеclinatorischen Einreden sich als unbegründet erweisen. Der Verklagte soll dann wo nöthig wegen muthwilligen Aufschubs des Verfahrens in eine Geldstrafe genommen werden, in der Sache selbst aber nicht als contumax gelten, sondern nunmehr auf die Klage selbst zu handeln schuldig sein.

5. Da, wo die Erörterung der Thatsachen zu dem Resultat führt, daß ohne weiteren Beweis sofort endlich erkannt werden

---

32) S. §. 14 Note 36.

kann, unterscheidet sich das Verfahren des R. K. Gerichts gar nicht wesentlich von dem heutigen Verfahren. Anders dagegen, wenn es zum Beweise kommt. Hier verhält sich die Sache nach den K. G. Ordnungen so. Ursprünglich schloß sich an die Aufstellung und das Leugnen der Klagartikel unmittelbar deren Beweis an, der nicht auferlegt wurde, sondern vom Kläger angeboten werden mußte. War der Klagbeweis gelungen, dann erst trat der Verklagte mit den peremtorischen Einreden hervor, rücksichtlich deren dasselbe Verfahren Statt fand. Und eben so geschah es mit den Repliken.[33] Dies mußte sich ändern, seitdem die Parteien angewiesen waren, mit der Beantwortung des voraufgehenden Angriffs überall den entsprechenden Gegenangriff zu verbinden. Sehen wir dabei von den K. G. Ordnungen von 1521 und 1523 ab, welche ganz im Sinne des deutschen Processes, wie oben schon erwähnt, das Beweisverfahren bis nach vollendeter Erörterung der Thatsachen hinausgeschoben, und „dann einem oder beiden Theilen Beweisung aufgelegt" wissen wollten,[34] so ließ die K. G. O. von 1555, sobald auf irgend einer Stufe die behaupteten Thatsachen geleugnet worden waren, den Beweis sofort antreten, überwies aber die Beweisaufnahme besonderen Deputaten und Commissaren, so daß neben dem in den Audienzen des R. K. Gerichts fortgehenden Hauptverfahren ein deputatisches oder commissarisches Verfahren nach dem anderen entstand, und die von ihm erzielten Resultate an das Hauptverfahren zurückgab.[35] Dies ist das Verfahren, welches auch noch der J. R. A. vorschreibt, nur mit dem Unterschiede, daß die dilatorischen Einreden (die foribeclinatorischen ausgenommen) nicht mehr wie bisher der Litis Contestation vorausgehen, sondern mit den peremtorischen Einreden gleichen Schritt halten sollen. In Verbindung mit der Bitte um Commission wird daher der Klagbeweis, wenn er nicht durch den Klaglibell anticipirt worden ist, in der Replikhandlung, der Einredebeweis in der Duplikhandlung u. s. w. angetreten.[36]

So setzte sich der Proceß des R. K. Gerichts ohne Ruhepunct bis zum Endurtheil fort. Zwar trat ein solcher unmittelbar vor

33) K. G. O. von 1496 tit. 12 §. 5, 10, von 1500 tit. 36 §. 5, tit. 37 §. 3.
34) S. Note 17.
35) K. G. O. von 1555 III. 11 §. 3, tit. 15 §. 11, tit. 16, tit. 26 §. 1, 2, tit. 29 §. 1, 2, Conc. von 1613 III. 9 §. 2, tit. 19 §. 3, tit. 20, tit. 29 pr. §. 1, tit. 32 pr. §. 1.
36) J. R. A. §. 45—48.

dem Endurtheil ein, wenn die Parteien zum Spruch submittirten,[37] oder der Richter nach Erschöpfung der Verhandlungen die Acten für geschlossen erklärte.[38] Allein die Beibehaltung dieses Actes, der im römischen und canonischen Proceß einen guten Sinn gehabt hatte, war dem durchgeführten Eventualprincip gegenüber, welches das gesammte Angriffs- und Vertheidigungsmaterial auf bestimmte Termine vertheilte, eine reine Inconsequenz. Versäumte Handlungen durften ohne Restitutionsgrund ohnehin nicht nachgeholt werden, und war ein Restitutionsgrund vorhanden, oder eine nothwendige Handlung noch rückständig, so wurde auch der Actenschluß wieder aufgehoben.[39]

In durchaus anderer Art wird nun aber das Verhältniß des Beweises zur Erörterung der Thatsachen im heutigen Proceß behandelt. Hier grenzen sich beide unbeschadet der zulässigen Anticipation des Beweises scharf gegen einander ab. Vielerwärts erscheint die Erörterung der Thatsachen schon insofern als etwas Abgeschlossenes, als den Parteien unbedingt vier Sätze für dieselbe gestattet sind, Klage, Exceptional-, Replik- und Duplikhandlung, deren wesentlicher und nothwendiger Inhalt sich aus den besprochenen Anwendungen des Eventualprincips von selbst ergibt; die Gelegenheit zum Tripliciren wird dem Kläger nur dann eröffnet, wenn in der Duplikhandlung wahre Dupliken enthalten sind. Nicht immer aber werden Repliken vorgetragen, welche eine Vertheidigung des Verklagten, oder auch nur Einreden, welche eine Vertheidigung des Klägers nothwendig machen, und um die vier Sätze auszufüllen, greifen dann die Parteien gern zu Rechtsausführungen und leeren Wiederholungen. Ist es nun gleich den Parteien unverwehrt, die Sache dadurch zu vereinfachen, daß sie auf weiteres Vorbringen verzichten, (zum Spruch submittiren), so erscheint es doch principiell richtiger, daß dem Richter überlassen ist, so viel und nur so viel Sätze zu gestatten, als der Gang der Verhandlungen erfordert, regelmäßig also in Ermangelung von Einreden schon die Replikhandlung, in Ermangelung von Repliken die Duplikhandlung abzuschneiden.[40]

---

37) K. G. O. von 1555 III. 22, 23, Conc. von 1613 III. 25, 26, J. R. A. §. 52, 55, 56, 57, 153.

38) Vis. A. von 1556 §. 22. Es wurde ein Termin gesetzt ad producendum omnia et ad concludendum. Vgl. besonders K. G. O. von 1508 tit. 1, §. 17, 18, 19.

39) Vgl. Pütter: N. E. §. 104, Heffter: System §. 353.

40) Vgl. den J. R. A. §. 78, 81, und dazu Gönner: Erörterungen Nr. 23.

Die nach diesen Gesichtspuncten zu Ende geführten Verhandlungen über die factischen Grundlagen des Rechtsstreits aber finden ihren äußeren Abschluß in einem Urtheil, welches, wenn es nicht etwa auf Grund formeller Mängel oder wegen mangelnder Begründung die Klage angebrachter Maßen zurückweist, entweder ein Endurtheil oder ein Beweisinterlocut sein muß; das Eine, wenn alle relevanten Thatsachen liquide sind, das Andere, wenn eine oder mehrere derselben des Beweises bedürfen.

Das Beweisinterlocut[41] nun, welches hier speciell in Betracht kommt, schließt das erste Verfahren ab, und leitet zum Beweisverfahren über. Nach jener Seite hin hat es die negative Aufgabe, Angriffe, welche den Rechten nicht entsprechen oder factisch nicht genügend begründet sind, Einreden, Repliken oder Dupliken, zu verwerfen, nach dieser Seite ist ihm die positive Aufgabe gesteckt, das thema probandum, d. h. die zu beweisenden Thatsachen, und das onus probandi, d. h. die Beweispflicht der Parteien zu bestimmen. Die zu beweisenden Thatsachen müssen speciell bezeichnet werden; sie unter dem allgemeinen Ausdruck „Klaggrund", „Einreden" u.s.w. zusammenzufassen, oder statt ihrer gar Rechtsverhältnisse, z. B. das Eigenthum, zu Beweis zu verstellen, ist dem proceßleitenden Amte des Richters nicht entsprechend.[42] Und bei Feststellung der Beweislast ist zu beachten, daß der Beweis über Thatsachen, welche concurrirenden Angriffen, z. B. verschiedenen Einreden angehören, nur alternativ, und der Beweis über Thatsachen, welche auf verschiedenen Stufen behauptet worden sind, z. B. über Klagthatsachen und Einreden, über Einreden und Repliken, nur in der eventuellen Folge aufgelegt werden darf, in welcher die Einreden zum Leugnen der Klagthatsachen, die Repliken zum Leugnen der Einreden stehen. Die Regulirung des Beweisthemas und der Beweislast aber nimmt die Natur einer Auflage an, welche an eine oder an beide Parteien gerichtet ist, und die Ansetzung eines Termins verlangt, an welchem oder bis zu welchem der Beweis anzutreten ist, — eines Termins, der in vielen Län-

41) Vom Inhalt und der Natur des Beweisinterlocuts im heutigen Recht handeln Planck a. a. O. §. 26—37, und Langenbeck: Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Leipz. 1860, Abth. 2. Die neueren, durch die Bewegung der Gesetzgebung hervorgerufenen Erörterungen für und wider das gemeinrechtliche Beweisinterlocut sind mit wenigen Ausnahmen wissenschaftlich bedeutungslos. Vgl. die Litteraturangaben bei Canstein: Die rationellen Grundlagen des C. Pr., Wien 1877, S. 209 Note 8.

42) Vgl. darüber Planck a. a. O. S. 275—281.

dern nach altem Herkommen das Besondere hat, daß seine Versäumung ipso jure den Verlust des Beweises nach sich zieht.[43] Hie und da wird der Beweis in Form einer Bedingung, und zwar meist einer negativen Bedingung auferlegt, dergestalt, daß die Absolution ausgesprochen wird, soferne der Kläger den ihm obliegenden Beweis der Klagthatsachen nicht zu erbringen vermöchte (gewöhnlich in der Fassung „es wäre denn daß der Kläger bewiese"), und umgekehrt die Condemnation, wenn der Verklagte die einredeweise von ihm behaupteten Thatsachen nicht beweisen sollte. Absolution und Condemnation erscheinen hier gleichsam als die Rechtsnachtheile, mit denen das Mißlingen des Beweises bedroht ist. Dies ist jedoch nur da möglich, wo bloß eine Partei die Beweislast trifft; sind beide Parteien beweispflichtig, so müssen die Folgen des mißlingenden Beweises unbestimmt gelassen werden, wie denn überhaupt für die Bedeutung der Beweisauflage die Verschiedenheit der Form ohne Einfluß ist.[44]

II. Auf das heutige Beweisverfahren findet das Eventualprincip in mehrfacher Beziehung Anwendung. Nicht bloß muß der Beweis über alle, auch die in eventueller Verbindung (also beiden Theilen) oder alternativ zu Beweis verstellten Thatsachen, so wie durch alle auf einzelne oder zusammengehörige Thatsachen bezüglichen Beweismittel gleichzeitig angetreten und fortgeführt, sondern es muß auch der Gegenbeweis gleichzeitig mit der Erklärung auf den probantischen Beweisantritt angetreten, und gleichzeitig mit dem probantischen Beweise producirt werden. Es kann daher die eigenthümliche Erscheinung zu Tage treten, daß Handlungen beider Theile mit einander concurriren, und deshalb in dieselben Termine und Fristen verwiesen sind.

Da die Reichsgesetze ein geschlossenes Beweisverfahren nicht kannten, und die Beweisverhandlungen vor Commissionen und Deputationen verlegten, so ist das, was sie über die Anwendung des Eventualprincips auf dem Gebiet des Beweises enthalten, am wenigsten scharf ausgebildet.[45] Indessen haben sie die Cumulationspflicht der Verschleppung des Verfahrens nach allen anderen

---

43) S. Heffter: System §. 373 (welcher zahlreiche Nachweisungen über die Particularrechte gibt) und Planck S. 298—300.

44) S. §. 46 zu Note 8 und Planck S. 296, 297.

45) Vgl. den J. R. A. §. 46, 48, so wie das, was Albrecht a. a. O. S. 40, 41 darüber beibringt.

Seiten hin so consequent, wenngleich immer nur in einzelnen Entscheidungen, entgegengesetzt, daß Doctrin und Praxis gewiß im Rechte gewesen sind, wenn sie dieselbe mit gleicher Consequenz im Beweisverfahren durchgeführt haben. Hierüber besteht denn auch im Ganzen und Großen kein Zweifel. Zweifelhaft und bestritten ist nur, ob die Eideszuschiebung, um als subsidiäres Beweismittel neben Zeugen oder Urkunden benutzt werden zu können, im Beweisantritt gleich eventuell vorzunehmen, oder nur zu reserviren sei. Daß nun der bloße Vorbehalt der Eideszuschiebung dem wirklichen Gebrauche derselben nicht gleichstehe, daß er also auch den Gegner zu einer sofortigen Erklärung nicht verpflichten könne, ist klar. Steht daher andererseits fest, daß die Eideszuschiebung ein wahres Beweismittel ist, und daß ihrer Subsidiarität in Concurrenz mit anderen Beweismitteln durch die eventuelle Verbindung vollkommen genügt ist, so folgt die Verpflichtung des Probanten, sich ihrer schon im Beweisantritt zu bedienen, aus dem Inhalt der Beweisauflage ganz von selbst. Denn diese soll die beweispflichtige Partei bei Strafe der Ausschließung zur Benennung aller Beweismittel nöthigen, welche sie zu gebrauchen gemeint ist, damit das Verfahren nicht über die Gebühr ausgedehnt werde, und der Richter ermessen könne, ob der angetretene Beweis das beabsichtigte Resultat möglicher Weise zu liefern im Stande sei, oder nicht.[46] Eine Consequenz der richtigen Ansicht aber ist es, daß die Eideszuschiebung gemeinsam mit den principalen Beweismitteln instruirt wird, daß also zunächst der Probat sich über dieselbe gleichfalls eventuell zu erklären, oder den Beweis zur Gewissensvertretung anzutreten hat,[46a] wogegen allerdings die Ausschwörung des vom Delaten oder Relaten angenommenen Eides bis dahin ausgesetzt werden muß, daß sich die Erfolglosigkeit der übrigen Beweismittel herausgestellt hat.

Damit nun aber die Cumulation der Beweise und die Ver-

---

46) Diese Ansicht ist am gründlichsten und einleuchtendsten durchgeführt von Cropp in Heise und Cropp: Jurist. Abhandl. I. 15, obgleich er selbst aus Zweckmäßigkeitsgründen die bloße Reservation des Eides mit genauer Bestimmung der Eidesformel für ausreichend hält. S. dagegen aber Linde im Arch. für civ. Pr. XII. 1, XIV. 17 und Albrecht a. a. O. S. 58 fg. Im Allgemeinen ist über diesen Gegenstand auch noch zu vgl. Heyne: Ueber die Cumulation des Eidesantrags mit anderen Beweismitteln, Dresd. und Leipz. 1840.

46a) A. M. in Betreff dieser Consequenz ist Zimmermann im Archiv für civ. Pr., N. F., IV. S. 248 mit der hessischen Praxis, und ebenso die mecklenburgische Praxis nach Trotsche: Der mecklenb. C. Pr. II. §. 137 Note 17.

schiedenartigkeit der Beweismittel keine Verwirrung erzeuge, und nicht ein Beweismittel das andere überhole, treten in gewissen Abstufungen Ruhepuncte ein, auf denen die gewonnenen Resultate gesammelt, und für das weitere Verfahren feste Grundlagen geschaffen werden. Das Beweisverfahren wird dadurch in mehrere Abschnitte zerlegt, welche sich im Ganzen an die durch das Princip der Reihenfolge bestimmte Ordnung anlehnen, und ihren jedesmaligen Abschluß in einem richterlichen Urtheil finden. Es gibt drei solcher Abschnitte.

Der erste hat den Antritt des Beweises und die darauf bezüglichen Verhandlungen zum Gegenstand. Sind diese Verhandlungen zu Ende geführt, so erfolgt ein Urtheil, welches die Parteiverträge in formeller und materieller Beziehung allseitig prüft, untaugliche Beweisantritte und Beweismittel verwirft, und demzufolge entweder den ganzen Beweis für verfehlt erklärt und endlich in der Sache erkennt, oder die Production der tauglichen Beweismittel verfügt, und dafür einen Termin anberaumt. In diesem letzten Falle wird das Urtheil hin und wieder Relevanzbescheid genannt.

In den zweiten Abschnitt fällt das Productionsverfahren. Die zugelassenen Beweismittel werden producirt und vom Richter entgegengenommen, die Zeugen namentlich verhört, und ihre Aussagen nach Eröffnung des Rotuls impugnirt und salvirt, die Urkunden dem Probaten zur Erklärung vorgelegt, und die gegen ihre Aechtheit oder Unverfälschtheit erhobenen Einwendungen weiter verhandelt. Die Abnahme der zugeschobenen Eide jedoch wird, außer wenn das Gegentheil durch besondere Umstände indicirt und zugleich juristisch statthaft ist, neben anderen Beweismitteln immer in den dritten Abschnitt verwiesen.[47] Das vom Richter am Schlusse dieser Verhandlungen zu erlassende Urtheil erkennt mit Berücksichtigung der Beweiseinreden über die Resultate des geführten Beweises, und gelangt es dabei zu dem Schlusse, daß der Beweis aller in Frage stehenden Thatsachen vollständig gelungen, oder vollständig mißlungen sei, im letzteren Fall auch

47) Dies versteht sich da, wo die Eidesdelation eventuell mit anderen Beweismitteln verbunden ist, ganz von selbst, empfiehlt sich aber regelmäßig auch in anderen Fällen der Concurrenz, und zwar nicht bloß, wenn der Eid über eine Einrede zugeschoben, der Beweis über die Klagthatsachen aber durch Zeugen oder Urkunden angetreten ist, sondern auch, wenn die eine Klagthatsache durch den Eid, die andere durch sonstige Beweismittel, oder alle Klagthatsachen durch den Eid, eine Einrede aber in anderer Art bewiesen werden soll. Es spricht hierfür die Rücksicht auf den Eid, den der Richter nicht ohne Noth schwören läßt.

nicht noch die Ausschwörung eines deferirten Eides zurückstehe, so spricht es sofort eine Condemnation oder Absolution aus. Findet es dagegen, daß ein Ergänzungs- oder Reinigungseid nothwendig sei, oder daß der zuvor zugeschobene Eid, nachdem er vom Delaten oder Relaten angenommen worden, nun noch ausgeschworen werden müsse, so regulirt es die Eidesformel, und läßt wegen deren Ausschwörung unter Ansetzung eines Schwörungstermins die erforderlichen Auflagen ergehen. Handelt es sich dabei um mehrere Eide, so ist natürlich hervorzuheben, ob dieselben conjunctim, alternativ oder in eventueller Folge geschworen werden sollen.

Dem dritten Abschnitt endlich ist die Ausschwörung der vom Richter im vorausgegangenen Urtheil regulirten Eide vorbehalten. Ehe hierzu geschritten wird, dürfen die Parteien gegen die richterliche Formulirung der Eide Einwendungen erheben, und der Eidespflichtige insbesondere darf jetzt noch um die Zulassung zum Glaubenseide nachsuchen. Sind sodann die betreffenden Eide abgeleistet, oder verweigert, oder erlassen worden, so erfolgt unmittelbar das Endurtheil.

Schließlich sei noch bemerkt, daß das, was vom Eventualprincip in der ersten Instanz gilt, in gleicher Weise auf die höheren Instanzen ausgedehnt worden ist.[48]

Von dem Contumacialverfahren.*

§. 72.

Wenn eine Partei einer an sie gerichteten Ladung oder Auflage keine Folge leistet, so unterliegt sie gewissen Rechtsnachtheilen, den Contumacialstrafen, und das Verfahren, durch welche diese Nachtheile realisirt werden, nennen wir Contumacialverfahren.

Der Eintritt einer Contumacialstrafe aber setzt voraus, daß die hintangesetzte richterliche Verfügung nicht nur ordnungsmäßig publicirt oder insinuirt worden sei, sondern auch daß sie einen wahren Befehl, nicht eine bloße Gestattung enthalten habe, daß sie also eine arctatorische, nicht eine bloß monitorische gewesen sei. Die Versäumung monitorischer Ladungen (monitorische Auflagen werden nicht leicht vorkommen) haben überhaupt keine nach-

48) Vgl. K. G. O. von 1521 tit. 19 §. 5, 8, von 1555 III. 32 §. 1, tit. 33 §. 4, R. A. von 1570 §. 88, 89, 91, 92, von 1594 §. 64, J. R. A. §. 70, 72.

*) S. das Quellen- und Litteraturverzeichniß des §. 49 Note *.

theiligen Folgen.[1] Was aber die arctatorischen Verfügungen anbelangt, so muß zwischen der verweigerten oder unvollständigen und der versäumten Befolgung derselben unterschieden werden.[2]

Die Nachtheile, welchen jene unterliegt, brauchen nicht besonders angedroht zu sein, und treten ipso jure ein,[3] machen auch keine außerordentlichen Handlungen des Richters oder der Gegenpartei nothwendig, und haben eben darum eine Verurtheilung zum Kostenersatze nicht zur Folge. Wenigstens liegt hierin die Regel enthalten. Eine Ausnahme findet Statt, wenn die Erklärung über die Wahrheit jenseitiger Behauptungen verweigert oder unvollständig abgegeben wird. In diesem Falle muß auf deshalbigen Antrag die frühere Auflage, durch die Androhung der poena confessi verschärft, von Neuem erlassen werden;[4] und da hierdurch Kosten entstehen, so tritt auch eine Verurtheilung in die Kosten ein. Aehnlich verhält es sich, wenn der Verklagte der Klage gegenüber sich auf foridеclinatorische Einreden beschränkt hat, und mit diesen abgewiesen wird; denn alsdann hat der Kläger einen neuen Befehl zur Einlassung auf die Klage auszuwirken, und der Verklagte die dadurch verursachten Kosten zu tragen.[5] Regelmäßig aber findet wegen der verweigerten oder unvollständigen Befolgung eines richterlichen Befehls ein besonderes Contumacialverfahren nicht Statt.

Wenn dagegen eine Partei im mündlichen Verfahren der an sie ergangenen Ladung keine Folge leistet, oder im schriftlichen Verfahren die Erfüllung der ihr gemachten Auflage versäumt, so macht es einen wesentlichen Unterschied, ob der in Frage stehende Befehl dilatorisch, d. h. ohne Androhung eines Rechtsnachtheils, oder peremtorisch, d. h. mit einer solchen ertheilt worden ist. Dort unterliegt der Contumax lediglich der Verurtheilung in die durch seinen Ungehorsam verursachten Kosten, hier trifft ihn außer dem Kostenersatz auch der zuvor angedrohte, seine Parteistellung beeinträchtigende sachliche Nachtheil.[6] Hieran aber knüpfen sich zwei Fragen, 1) wann werden dilatorische, wann peremtorische Befehle ertheilt, und 2) wie wird der die säumige Partei treffende Nachtheil realisirt.

---

1) S. §. 49 init. vgl. mit §. 45 a. E.
2) Die Bedeutung dieses Gegensatzes ist aus §. 49 zu ersehen.
3) S. §. 49 Note 66, 67, 91.
4) S. §. 49 S. 630, 631.
5) S. §. 71 unter I. 4 a. E.
6) S. §. 49 S. 608, 609.

1. Was die erste Frage anbelangt, so muß das Verfahren vor und das Verfahren nach der Litis Contestation unterschieden werden. Der erste an den Verklagten unter Mittheilung der Klage vor der Litis Contestation ergehende Befehl, mag er ein Ladungsbefehl oder ein mandatum ad excipiendum sein, ist dilatorisch, eben so der im Fall der Versäumung auf Antrag des Klägers ergehende zweite, der dritte aber ist peremtorisch, falls nicht der Richter, von dem ihm zustehenden Ermessen Gebrauch machend, schon den ersten in peremtorischer Form erlassen hat.[7] Dafür, daß regelmäßig der dritte Befehl peremtorisch sein soll, hat man sich auf das berufen, was das R. R. über die edicta, literae und denunciationes sagt.[8] Zwar läßt eine Stelle der Pandekten erst das vierte Edict peremtorisch sein;[9] da aber in mehreren anderen Stellen nur von drei Ladungen die Rede ist,[10] so ist man, vielleicht nicht ohne Rücksicht auf deutsche Rechtsgrundsätze,[11] hierbei stehen geblieben.[12] Dagegen werden alle nach der Litis Contestation nothwendig werdenden Befehle sofort mit der Androhung eines Rechtsnachtheils verbunden, und selbst ohne ausdrückliche Erklärung als mit einer solchen verbunden gedacht. Die Vorschrift des R. R., nach welcher vor Ablauf der dreijährigen Proceßfrist an die ausbleibende Partei noch eine dreimalige Ladung ergehen soll, bevor das Endurtheil gesprochen wird,[13] scheint zwar auch nach der Litis Contestation eine Wiederholung der erfolglosen Befehle des Richters zu fordern. Allein offenbar paßt sie auf das heutige Verfahren nicht, welches für alle einzelnen Parteihandlungen besondere Termine und Fristen hat, weshalb schon das C. R. die Frist, welche es für die dilatorischen Einreden angeordnet wissen will, entschieden als eine peremtorische behandelt.[14] Ganz allgemein aber ist die peremtorische Natur der in die Zeit nach der Litis Contestation fallenden Termine in den Reichsgesetzen anerkannt,[15] und es ist dabei nur vor dem Mißverständniß zu warnen, als sei die

---

7) Arg. l. 72 D. de jud. (5, 1), l. 8 C. quom. et qu. (7, 43).
8) S. §. 49 Note 23.
9) L. 70 D. de jud. (5, 1).
10) L. 35 §. 1 D. de re jud. (42, 1), l. 8, 9 C. quom. et qu. (7, 43).
11) Vgl. Maurer: Gesch. des altgermanischen G. V. §. 44, 77, 150.
12) S. Glück: Commentar III. §. 235 Note 84.
13) S. Note 2, 3.
14) C. 4 X. de exc. (2, 25).
15) So entscheidet mit Bezug auf Durant. II. 1 de citat. §. 3 nr. 4 die K. G. O. von 1508 tit. 3 §. 24.

Versäumung eines Termins für beide Parteien mit Rechtsnachtheilen bedroht. Peremtorisch ist jeder Termin nur für diejenige Partei, welche zunächst in demselben handeln soll; für den Gegner ist er dilatorisch, so daß diesen im Falle seines Ausbleibens bloß der Ersatz der Terminskosten trifft.

2. Um die zweite der oben aufgeworfenen Fragen zu beantworten, wollen wir zuvor den zuletzt erwähnten Fall entscheiden. Wenn in einem zum Zweck der mündlichen Verhandlung angesetzten Termin die handlungspflichtige Partei allein erscheint, und ihrerseits den Termin abhält, d. h. die ihr obliegende Handlung vornimmt, so bittet sie schließlich, den nicht erschienenen Gegner in die Terminskosten zu verurtheilen, und ihn, wofern ihre eigene Handlung eine weitere Erklärung nothwendig macht, peremtorisch zu einem neuen Termin zu laden. In den übrigen Fällen einer dilatorischen und ohnehin in allen Fällen einer peremtorischen Auflage wird bei Beantwortung jener Frage unterstellt, daß gerade diejenige Partei säumig ist, welche die Auflage erhalten hat, und dies vorausgeschickt ist daran zu erinnern, daß der den Säumigen treffende Rechtsnachtheil, sowohl der generelle des Kostenersatzes, wie der specielle, gemeinrechtlich nicht ipso jure eintritt, sondern zufolge einer Ungehorsamsbeschuldigung (accusatio contumaciae) durch richterlichen Spruch (declaratio contumaciae) verhängt wird.[16]

Die Ungehorsamsbeschuldigung aber hat zwei Voraussetzungen. Sie gründet sich einerseits auf die Thatsache, daß dem Ungehorsamen der ihn zum Erscheinen vor Gericht oder zu einer schriftlichen Handlung verpflichtende Befehl ordnungsmäßig publicirt oder insinuirt worden sei, und andererseits darauf, daß er diesem Befehl nicht Folge geleistet habe. Die erste dieser Voraussetzungen nun wird im Falle der Publication immer, und im Falle der Insinuation wenigstens dann durch die Acten festgestellt, wenn die Insinuation von Amts wegen bewirkt und durch eine zu den Acten erstattete Relation amtlich beglaubigt worden ist. Sie bedarf mithin einer Nachweisung durch die Production von Insinuationsdocumenten nur da, wo der betreibende Theil die Insinuation selbst hat besorgen lassen, mag er sich dabei eines Notars oder eines eigens für die Besorgung der Insinuationen bestellten gerichtlichen Unterbeamten bedient haben. Ueberall aber wird die andere Vor-

16) S. §. 49 S. 621, 632.

aussetzung, die Nichtbefolgung des fraglichen Befehls, unmittelbar vom Gericht constatirt. Denn im schriftlichen Verfahren geben die Acten über den Eingang und also auch über den Nicht-Eingang der erwarteten Schrift Auskunft, und im mündlichen Verfahren läßt der Richter den Geladenen, wenn sich derselbe bis zur Contumacirstunde nicht freiwillig meldet, durch den Gerichtsdiener aufrufen, was das R. R. „citare“,[17] die Reichsgesetze „rufen“[18] nennen. In vielen, ja in den meisten Fällen braucht demnach die Ungehorsamsbeschuldigung in nichts Anderem zu bestehen, als in der Bitte um Verhängung des den Säumigen treffenden Nachtheils und um die etwa erforderliche weitere Sachverfügung.

Im mündlichen Verfahren aber muß dieses Gesuch in demselben Termin gestellt werden, in welchem der Ungehorsame zu erscheinen versäumt hat. Denn wenn der betreibende Theil gleichfalls nicht erscheint, oder sich ohne Ungehorsamsbeschuldigung wieder entfernt, so ist der Termin als circumducirt zu betrachten.[19] Wo dagegen in Schriften und in Fristen verhandelt wird, muß die Partei, welche nach Ablauf der gesteckten Frist den Ungehorsam beschuldigen will, dies in Form einer Eingabe thun, sich jedoch, um nichts Unnützes vorzunehmen, zuvor der Versäumniß des Gegners vergewissern. Da dieser aber erst durch die declaratio contumaciae ausgeschlossen wird, so genießt er immer einige Befristung, und kommt er also noch vor der Insinuation des Contumacialbescheides mit seiner Handlung ein, so wird er damit nicht zurückgewiesen,[20] sondern nur in die Kosten des Contumacialantrags verurtheilt, der, weil an sich begründet, für den Antragsteller wenigstens nicht mit Nachtheilen verbunden sein darf. Günstiger ist in dieser Hinsicht der mündliche Antrag, auf welchen sofort im Termin selbst erkannt wird; die Verlängerung des Termins um den folgenden Tag, wie sie vom C. R.,[21] oder gar um

---

17) L. 7 pr. D. de in int. rest. (4, 1), l. 73 pr. D. de jud. (5, 1), und dazu Brissonius: De V. S. s. v. citare.

18) Vgl. darüber Brandis: Ueber den Zeitpunct, mit welchem die Nachtheile des Ungehorsams eintreten, S. 83 fg.

19) S. §. 49 Note 1a, 19.

20) S. §. 49 Note 65, 91.

21) C. 24 X. de off. et pot. jud. deleg. (1, 29) [verb. „in diem alteram aequitate suadente poteris exspectare“], c. 6 X. de dolo et cont. (2, 14) [verb. „quia dictus electus nec venerat — ad diem sibi statutum vel post, etiam diutius exspectatus, nec de vicino ejus adventu spes erat, — eum reputavimus contumacem“]. Vgl. dazu und über c. 13 X. de renunc. (1, 9) Brandis a. a. O. §. 5.

die nächstfolgenden sechs Gerichtstage, wie sie von den Reichsgesetzen Billigkeits halber statuirt wurde,[22] hat in der heutigen Praxis keine Geltung.

Wenn nun der Richter die Ungehorsamsbeschuldigung begründet findet, so gibt er derselben Folge, und spricht gegen den Contumax den zutreffenden Rechtsnachtheil aus. Doch ist damit noch nicht genug gethan. In Folge jeder Versäumniß rückt das Verfahren einen Schritt vorwärts, und dem dieserhalb in Verbindung mit der Ungehorsamsbeschuldigung oder nachher gestellten Antrage muß durch eine weitere Verfügung entsprochen werden. Dies gilt selbst dilatorischen Auflagen gegenüber. Hat der Verklagte der nach Anstellung der Klage an ihn ergangenen ersten oder zweiten dilatorischen Auflage keine Folge geleistet, so wird ihm auf des Klägers Antrag eine neue, dilatorische oder peremtorische Auflage gemacht. Von größerer Mannichfaltigkeit aber sind die Verfügungen, welche durch die auf eine peremtorische Auflage bezügliche Säumniß veranlaßt werden. Sie bestimmen den Einfluß des an diese Art von Ungehorsam geknüpften Nachtheils auf die Lage der Sache, haben die Natur eines Urtheils, und erkennen über die voraufgegangenen Verhandlungen ganz eben so, wie wenn der in Frage stehende Nachtheil auf einer Willensbestimmung des Contumax beruhte. Wenn also z. B. der Kläger die Replikhandlung versäumt hat, so wird er mit seinen Repliken präcludirt, und weiterhin dem Verklagten über die Einreden, eben so aber auch dem Kläger über die etwa geleugneten Klagthatsachen der Beweis auferlegt. Die Versäumung des Beweisantritts führt dessen Präclusion mit sich, und gesetzt also dem Kläger habe der Beweis der Klagthatsachen obgelegen, so erfolgt die Abweisung der Klage. Wogegen, wenn der Kläger die Klagthatsachen, der Verklagte die Einreden zu beweisen hatte, und allein der Verklagte den Beweisantritt versäumt, zwar auf dessen Präclusion sofort, in der Sache selbst aber erst nach durchgeführtem Klagbeweise zu erkennen ist. Weil übrigens die hier besprochene Sachverfügung die declaratio contumaciae voraussetzt, so ist sie auch geeignet, dieselbe zu vertreten.

---

22) Vgl. Brandis a. a. O. S. 83 fg.

Von dem Executionsverfahren.*

§. 73.

Dem Kläger, welcher eine Verurtheilung des Verklagten erwirkt hat, stehen, um die Execution dieses Urtheils herbeizuführen, zwei Rechtsmittel zu Gebote, die Judicatsklage und der Executionsantrag, beide heut zu Tage practisch bloß dadurch von einander unterschieden, daß nur jene, nicht dieser, auch vor einem anderen Gericht als vor demjenigen erhoben werden kann, welches das zu exequirende Urtheil gefällt hat.[1] Vor diesem Gericht selbst aber erhoben, werden beide im heutigen Proceß durchaus gleich behandelt.

Da nun diese Rechtsmittel ein rechtskräftiges Urtheil und somit einen unleugbaren, notorischen Anspruch zu ihrer Grundlage haben, so erfordern sie eine specielle Begründung nur ausnahmsweise, wie z. B. wenn sie von einem Cessionar oder bei dinglichen Klagen gegen den Singularsuccessor,[2] von einem Erben oder gegen einen Erben erhoben werden. Ueber die hierbei zur Sprache kommenden, in dem vorigen Verfahren noch nicht erörterten Puncte ist nach vorgängigem Gehör des Verklagten natürlich auch von Neuem zu erkennen. Sonst aber müssen jene Rechtsmittel den Richter bestimmen, unverzüglich die Execution zu verfügen, und nur aus billiger Rücksicht auf den Verklagten soll diesem zuvor eine Frist zur Herbeischaffung der Zahlungsmittel gegeben werden. Daraus entwickelt sich nun folgendes Verfahren.

Die dem Verklagten zu gestattende Zahlungsfrist, welche nach R. R. gesetzlich festgestellt war, nach der Praxis aber zum richterlichen Ermessen steht,[3] wird entweder gleich durch das Urtheil oder hernach in Folge des Executionsantrags durch einen besonderen Zahlungsbefehl (mandatum executionis, praeceptum executivum, in den Reichsgesetzen executoriales genannt) angeordnet.[4] Der Verklagte wird dadurch bei Strafe der Execution angewiesen, innerhalb einer angemessenen Frist dem Judicat zu genügen, und daß dies geschehen sei, vor Gericht zu dociren („zur Parition und

*) Quellen und Literatur finden sich in §. 50 Note *.

1) S. §. 47 S. 599 fg.

2) S. §. 47 Note 112.

3) S. §. 47 Note 104—109.

4) S. §. 47 Note 110.

ad docendum de paritione").[5] Deshalb heißt die Frist auch **Paritionsfrist**.

Innerhalb dieser Frist aber, so wie überhaupt bis zur wirklichen Execution kann der Verklagte nicht bloß die Zahlung,[6] sondern auch irgend einen anderen Umstand darthun, welcher den Exectionsanspruch aufzuheben oder das Executionsverfahren zu suspendiren geeignet ist.[7] Nur wird darüber kein weitläufiges Verfahren eingeleitet, vielmehr muß jede Einrede, welche in der Executionsinstanz Anspruch auf Berücksichtigung macht, entweder liquide sein, oder in continenti liquide gestellt werden können.[8] Gelingt dem Verklagten eine derartige Vertheidigung, so erledigt sich das Executionsverfahren.

Im entgegengesetzten Falle darf der Kläger nach Ablauf der Paritionsfrist um Verhängung der Execution bitten, und war die Paritionsfrist schon in dem Endurtheil angesetzt, so ist dieses Gesuch als der eigentliche Executionsantrag anzusehen. Auf Grund desselben wird nunmehr die Execution verfügt, diese Verfügung wird den Parteien mitgetheilt, und der weitere Antrag des Klägers in Betreff des Modus und der Objecte der Execution erwartet.

Von nun an richtet sich das Verfahren auf die Durchführung der beantragten Executionsmittel, und die hierbei in Betracht kommenden Gesichtspuncte haben in der Lehre von den Executionsmitteln[9] bereits die erforderliche Beachtung gefunden.

---

5) J. R. A. §. 159.
6) J. R. A. §. 160.
7) Von den in der Executionsinstanz statthaften Einreden wird in §. 47 Note 118—123 gehandelt.
8) S. §. 21 Note 13, §. 47 Note 124.
9) S. §. 50.

Register.

(Die größeren Ziffern zeigen die §§. an, die kleineren die Noten oder den zu den Noten gehörenden Text. Wo der Notenziffer keine §.-Ziffer vorgesetzt ist, ist die nächst voraufgegangene §.-Ziffer zu suppliren.)

Abänderung der Klage s. Klagänderung; des Urtheils 51, 14 ff.

Abgeurtheilte Sache s. res judicata.

Ablehnung des Richters 36, 17 ff.; — des Gerichtsschreibers 75.

Ableugnen, doloses 30, 4 ff.

Abschätzung behufs der Execution 50, 36.

Abschlagsdecret 36, 42; s. auch rejectorische Decrete.

Abschnitte des Processes s. Reihenfolge der Proceßhandlungen (70); des Systems, Seite 37.

Abschrift, beglaubigte, vidimirte 24, 95b; 36, 70.

Absolutio ab actione s. Abweisung der Klage (definitive).

Absolutio ab instantia s. ab observatione judicii s. Abweisung der Klage (wie sie angebracht ist).

Abstimmung in Collegien Seite 416 f.

Abweisung der Klage: wie sie angebracht ist (angebrachter Maßen, bei diesem Gericht), absolutio ab instantia s. ab observatione judicii 14, 92 ff., 45, 4, insbes. im Contumacialverfahren 49, 11 f., im Gegensatz zur definitiven Abweisung 45, 5, 47, 81, ihre Verträglichkeit mit der consumirenden Wirkung der Litis Contestation 14, 51 ff., 49, 18; — zur Zeit 14, 54a, 92, 46, 33, 50b, 64, 64b; — die definitive Abweisung, absolutio ab actione 46, 12 ff., 32 ff., insbes. zu dem im Urtheil nicht zuerkannten Theil 34. S. auch Endurtheil.

Abwesenheit als Restitutionsgrund 53, 32.

Academische Gerichte 37, 16 ff.

Acceptation des Eides 27, 5 f. 11, 30; — des Geständnisses 19, 8.

Accessionen, in der Klagbitte 14, 2; Erweiterung des Anspruchs auf sie durch die Litiscontestation 14, 74 ff.; ultra petita 43, 35; (Consumtion des Anspruchs auf sie durch Urtheil 47, 15c f.); Berechnung der Appellationssumme in Betreff derselben 54, 65 ff.

Accessorische Interventionen 7, 13 ff., s. auch Intervention.

Accusatio contumaciae 49, 64 ff.

Acht, als Contumacialnachtheil 49, 49.

Ackergeräth, als Executionsobject 50, 8.

Acten 65. Begriff und Arten 1. Insbesondere die gerichtlichen Acten: Zweck und Bedeutung 2 ff., Seite 881 f. Aeußere Zusammenfassung und Rubrum 65, 8 ff. Innere Einrichtung 10 ff., insbes. s. g. protocollum actorum 10, 13, designatio actorum 12, Concepte und Extensionen der Decrete 13. 36, 69. Inhalt und Bestandtheile der Acten, Seite 877 ff.; Inrotulation 65, 14 ff., 44, 61. Wieweit eine Retradition von Actenstücken statthaft ist 65, 19. Redintegration 20 ff. Wer ein Recht auf Acteneinsicht hat 23. — Manualacten: Pflicht der Advocaten, solche zu führen, 8, 19; Gerichtsstand für den Anspruch des Clienten auf Herausgabe der Manualacten 41, 67; Geltendmachung dieses Anspruchs durch Klage 63, 117 ff.; Retention der Manualacten 8, 62.

Actenedition nach R. R. 55, 32 ff., nach canon. R. und den Reichsge-

setzen 42 ff., nach heutigem Recht 52 ff.; Beschleunigung und Veranlassung derselben durch litterae compulsoriales 56, 16.

Acteninspection s. Einsicht der Acten.

Actenkundigkeit s. Gerichtskundigkeit.

Actenmittheilung 65,23.

Actenprocurator s. Insinuationsmandatar.

Actenredintegration 65, 20.

Actenschluß 71, 38. Submission der Parteien zum Spruch 6 f., 37; Aufhebung des Actenschlusses 39.

Actenversendung 44, 39 ff.

Actenwidrigkeit als Nichtigkeitsgrund von richterlichen Verfügungen 52, 5.

Actiengesellschaft, Gerichtsstand 40, 47.

Actio ad exhibendum; das juramentum in litem bei derselben 28, 3 ff., 50, 77 ff. — contra judicem, qui litem suam fecit 36, 14; s. auch Syndicatsklage; — de eo quod certo loco 41, 9 f.; — judicati 47, 102 ff.; deren Gerichtsstand 115, 57, 3, 6; als Klage, bei welcher lis in duplum crescit 60, 10; im Uebrigen s. Endurtheil.

Actio im materiellen 5, 1 ff. 14, 46 ff., im formellen Sinne 14, 3.

Actiones arbitrariae; der Würderungseid bei denselben 28, 3 ff.; 50. 77 ff.; — ex bono et aequo conceptae, von wem sie, wenn einem Haussohne zustehend, angestellt werden, 11, 18, 12, 24.

Activlegitimation 16, 2, 18 ff.

Actor, als Proceßvertreter Bevormundeter 11, 7, juristischer Personen 12, 14; als richterlicher Beamter in der fränkischen Monarchie 33, 141.

Actuar, s. Gerichtsschreiber.

Adcitation 13, 6 ff. 15.

Addictio 50, 37.

Adhäsion, accessorische 56, 53; die sie ermöglichende Gemeinschaft der Appellation tritt mit der Introduction ein, 59; das Recht des Appellaten auf die Gemeinschaft leidet nicht durch Verzicht des Appellanten auf die A. 70, und ist vom Vorhandensein der Appellationssumme unabhängig 71; principale Seite 746.

Adhäsionsproceß, Voraussetzungen 41, 65.

Adjecta causa s. expressa causa.

Administrativsachen 1, 5, 39, 4; Administrativjustiz bei bäuerlichen Leihen 37, 101 ff.

Advocaten 8. Ihre Stellung im R. R. 2, in Deutschland 3. Fähigkeit zur Advocatur 4 ff. Eid der Advocaten 13 f. Pflichten der Advocaten 15 ff. Strafen der Verletzung solcher Pflichten 22 ff. Disciplinaroberbehörde der A. 24. Thätigkeit der A. 29a ff. Berichtigung von Irrthümern der A. 34. Nichtexistenz einer Restitution ex culpa advocati 34. Ausnahmsweise Pflicht zur Annahme eines A. 34a. Rechtsverhältniß zum Clienten 35 ff. Haftung für culpa levis 37. Honorar 38 ff. Verbotene Verträge wegen des Honorars 44 ff. Rechte der Erben der A. auf das Honorar 53, 55. Ob der A., der seine eigene Sache führte, Honorar vom unterliegenden Gegner fordern kann 61. Taxen für das Honorar 49. Gerichtliche Feststellung des Honorars 63, 119. Geltendmachung des Anspruchs auf das Honorar 8, 57, 63, 117. Gerichtsstand für diesen Anspruch 41, 67. Ob bei zweifelhafter Solvenz des Clienten der A. sein Honorar direct vom unterliegenden Gegner beitreiben kann 8, 60. S. auch Acten (Manualacten), Procurator, Disciplinargewalt.

Aechtheit der Urkunden 24, 71c ff.

Aeußere Organisation der Gerichte 37.

Agnition öffentlicher Urkunden Seite 239, 70, 49.

Alimentationspficht s. wiederkehrende Leistungen.

Alter, das für das Richteramt erforderliche 36, 7.

Amtseid 23, 19.

Amtsgerichtsbarkeit Seite 402.

Amtssässigkeit von Rittergütern 37, 5; von Städten 6.

Amtssiegel 24, 72i.

Anerkennung, ob Dispositionsact oder Beweismittel 22, 1 ff.; constitutive Kraft der Anerkennung dinglicher Rechtsverhältnisse 6.

Anfechtbarkeit (Appellabilität) der richterl. Verfügungen, Seite 659, 705. Röm. Recht, 51, 28; die spätere Rechtsentwickelung 34 ff. Insbeson-

dere die A. der Beiurtheile 34, 41, der abweisenden einfachen Decrete 42, 55, 21, nicht auch der Statt gebenden einfachen Decrete 41.
Angebrachter Maßen, Abweisung der Klage a. M. s. Abweisung.
Animus confitendi 22, 13 ff.
Annotation der Proceßkosten 30, 102, s. auch Armenrecht.
Anschließung, s. Adhäsion, accessorische.
Anticipation der Parteihandlungen ist regelmäßig zulässig 69, 1a, 70. 68 f. Folgen der A. von nachtheiligen Parteihandlungen ib. und 19, 8. Wann die A. der Replik in der Klage nothwendig ist 19, 8, 70, 68, insbesondere der provocatio ex lege Si contendat gegenüber Seite 114 init. Anticipirte Beweisführung 70, 69 ff.
Antretung des Beweises 70, 30 ff.
Anwälte s. Procuratoren.
Apostel, apostoli, litterae dimissoriae, libelli dimmissorii 55, 34 ff.
Appellation. Ihre Stellung im System der Rechtsmittel, S. 664 f., 669; ihr Verhältniß zur Restitution 53, 8 f., 54, 22, zur Declaration der Urtheile 51, 21, 23 f., zur Nichtigkeitsbeschwerde s. diese, zur s. g. einfachen Beschwerde 61, 18. Sie ist gestattet den Parteien und deren Vertretern 54, 6, 15 f., dritten Interessenten, insbes. dem Intervenienten 6 f., 7, 1, 20 ff., unter Umständen auch dem einen Streitgenossen zu Gunsten der übrigen 54, 8 ff.; und zwar gegen Urtheile und abweisende einfache Decrete (s. auch Anfechtbarkeit) 51, 28 ff., S. 705, auch wenn dieselben nichtig sind 60, 9, nicht aber, wenn sie die Rechtskraft beschritten haben 54, 17 ff., wegen Versäumung der Interpositionsfrist 18, wegen ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzichts 19 ff., wegen Erschöpfung der ordentlichen Rechtsmittel 23 ff., insbes. bei drei conformen Urtheilen 27 ff., oder wenn gewisse positive Gründe entgegenstehen 35 ff., insbes. der Mangel der Erwachsenheit 44 ff. s. Appellationssumme. — Interposition s. dieses Wort. Suspensiveffect der A. s. dieses Wort. Dimission der Sache an den Oberrichter und Edition der Acten sowie die dieserhalb nöthigen Bitten des Appellanten nach R. R. 55, 32a ff., nach canon. R. und den Reichsgesetzen 42 ff. Bescheinigung der Interposition und verschiedenen Arten der Apostel 50 ff. — Introduction und Begründung des Devolutiveffects s. Introduction. — An welchen Richter appellirt werden muß 1 ff., insbesondere von delegirten Gerichten 35, 35 ff. Folgen der A an einen unrechten Richter 56, 4. Mit welchem Zeitpunct bei Concurrenz mehrerer Obergerichte die ausschließliche Zuständigkeit eines derselben eintritt 5 f. Sofortige Verwerfung der A. durch den Oberrichter unter Ausschluß der Devolution an ihn, sei es ex defectu fatalium vel formalium 10, sei es ex defectu materialium 11. Oberrichterliche Verfügungen an den Unterrichter zur Begründung oder Aufrechthaltung des Suspensiveffects (litterae inhibitoriales) 12 ff., 52, 24 ff., zur Beschleunigung oder Veranlassung der ActeneditOn (litterae compulsoriales) 56, 16. — Verfahren vor dem Oberrichter nach eingetretener Devolution 45 ff. S. auch Appellationsklage, Adhäsion, Reformatio in pejus. Rechtfertigung der A. 72 ff., insbesondere mittelst des s. g. beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi 72 ff. Der bei diesem beneficium nöthige Eid 79. Umfang der Zulassung der nova 82 ff. Beibringung der nova durch den Intervenienten 7, 23. Vertheidigung des Appellaten 56, 44, 88 ff., 104, und etwaiges weiteres Gehör der Parteien 92. Oberrichterliche Cognition und Urtheil 93 ff. Oberappellation 57 init. — Beendigung des Devolutiveffects und Remission an den Unterrichter s. Remission. Kostenpunct in der Appellationsinstanz 17 f. — Außergerichtliche Appellation s. Extrajudicialappellation.
Appellationsbeschwerden, Beschwerden schlechthin, gravamina: als Bestandtheil der Interpositionsschrift, libellus appellatorius, bei Appellationen gegen der Rechtskraft nicht fähige Verfügungen 55, 4, 56,

26, 27; als Bestandtheil der Appellationsklage, libellus gravaminum, nach den Reichsgesetzen 56, 34, 36, und dem heutigen Rechte Seite 740, 742 ff.
Appellationseid 54, 45, 56, 79.
Appellationseinführung s. Introduction der A. und Appellation.
Appellationseinführungsfrist s. Introductionsfrist.
Appellationseinlegung s. Interposition der A.
Appellationsgemeinschaft s. Adhäsion, accessorische.
Appellationsinstanz, der Kostenpunct in derselben 57, 17.
Appellationsjustification 56, 20, 31 ff. Seite 753.
Appellationsklage Seite 742 ff. Inhalt 56, 46; Zustimmung des Appellaten zu der erbetenen Abänderung des angefochtenen Urtheils enthebt nicht immer den Oberrichter weiterer Cognition S. 744 f. Widerspruch des Appellaten 56, 48.
Appellationsprocesse Seite 739.
Appellations-Rechtfertigung s. Rechtfertigung.
Appellationssumme (Erwachsenheit) 54, 44 ff. Höhe derselben Seite 710 ff. Berechnung nach dem Werthe der Beschwerden 54, 53 ff., und zwar der aufgestellten, nicht der materiell begründeten Beschwerden 57 ff., Berechnung bei der Verbindung mehrerer Klagen zu einem Verfahren 61 ff., bei collidirenden Interessen, namentlich im Concursverfahren 64 f., Berechnung in Betreff der Nebenleistungen 65 ff., bei präjudiciellen Sachen 70 ff., bei Renten und Nutzungen 74 f., bei Beschwerden von unsicherer Schätzung 76 ff., bei unschätzbaren Beschwerden 82 ff.; Nachweisung der Appellationssumme 88 ff., 29, 37, insbes. durch Calumnieneid 54, 95 ff.
Appellationsurtheil 56, 103 ff. Inhalt 95 ff.; inzwischen mit rückwirkender Kraft erlassene Gesetze bleiben unbeachtet 100; das neue Urtheil wird nicht retrotrahirt 101 f.; Form desselben 103, 104, s. auch Ordinationen. — Urtheil niemals ausschließlich cassatorisch 57, 14 f.
Appellationsverzicht 54, 19 ff.; 56, 58.
Appellations-Wirkungen 55, 56.
Appellatio reciproca 56, 50 ff.
Arbiter im Recusationsverfahren 36, 33 ff.
Arbiträre Klagen 46, 19 f. 27; das jusjurandum in litem bei denselben Seite 293.
Archivalische Urkunden, Beweiskraft derselben, 24, 69 f.
Argentarier und der Beweis durch deren Rechnungsbücher 24, 11 ff.
Armenrecht. Nach R. R. Sportelfreiheit, nach den Reichsgesetzen Stundungsrecht (beneficium adnotationis) 30, 98. Voraussetzungen 99 ff. Armeneid 100. Auf welche Kosten sich das Armenrecht bezieht, insbes. ob es sich auch auf Auslagen erstreckt 102. Ob dasselbe auch dem Gegner der armen Partei einzuräumen 103. Die Gewährung des Armenrechts gilt nur für den einzelnen Proceß und die einzelne Instanz 104.
Arrest als Mittel zur Erzwingung einer Cautionsleistung, Art der Anlegung, 30, 72 f., 41, 56, Relaxation 30, 60, 73. Gerichtsstand des Arrestes 41, 56. Arrest als Competenzgrund für die Hauptsache 58 ff., und Personalhaft in der Executionsinstanz s. Execution.
Artikel. (Positional-)Artikel und Responsionen im Processe des can. Rechts und der Reichsgesetze 49, 108 ff., 70, 18, 22, 71, 27 ff. Beweis-(Probatorial-) Artikel 23, 52, 70, 18, 22, 24, 34 f.
Assessoren des R. K. G. 34, 5.
Attentat, attentatum, innovatio: der Parteien in der ersten 14, 44 ff., in der Rechtsmittelinstanz 52, 21 ff.; des Unterrichters während der Rechtsmittelinstanz und oberrichterliches Einschreiten gegen dasselbe 24 ff., 56, 12 ff.
Auctoris laudatio s. nominatio s. Nennung des Auctors.
Aufgebot, gerichtliches, zur Anmeldung unbekannter Ansprüche. Bei freiwilliger oder zwangsweiser Veräußerung von Grundstücken 13, 6, 16; (ehemals) beim Pfandverkauf beweglicher Sachen 16 ff.; im Concurs 15 ff.; kirchliches Aufgebot bei Eheschließungen 7, 30, bei Confirmation der zu geistlichen Aemtern Gewählten 8. Weitere Ausdehnung des Aufgebotes in der italienischen Doctrin und Praxis 9 f. Aufruf unbekannter Verklagter

67, 105 ff., insbesondere der Erbschaftsgläubiger bei nachgesuchter Restitution wider den Erbschaftsantritt 106 f. Art der Bekanntmachung s. Bekanntmachung der Decrete.
Aufhebung des Processes auf außerordentlichem Wege: durch Vereinigung der Parteirollen 5, 4 a, 46, 3, durch Verjährung der Litispendenz 4, durch Verzicht der Parteien 5, Erlöschen der Instanz durch Circumduction des ersten Termins 49, 19. Einseitiger Verzicht des Klägers s. Fallenlassen der Klage. Proceßverjährung des älteren R. R. s. diese.
Auftragsschreiben s. Commissorium.
Augenschein, richterlicher, 44, 1 ff. Derselbe macht den Beweis überflüssig 20, 39 ff., 21, 1, darf in jeder Lage des Processes ex officio vom Richter vorgenommen werden 44, 5 a, erfordert die Zuziehung der Parteien 6. Es besteht keine allgemeine Pflicht zur Exhibition der Sache, deren Beaugenscheinigung in Frage steht 6 f. Zuziehung von Sachverständigen und ausnahmsweise statthafte Vertretung des Richters durch dieselben 8. Aufnahme des Befundes 8 a, 65, 9. Augenschein zum ewigen Gedächtniß 44, 8 b.
Ausländer, das forum arresti für sie, 41, 57 a.
Ausländische Proceßgesetze hat der Richter niemals anzuwenden 43, 23, wohl aber nach Umständen Bestimmungen des ausländischen materiellen Rechts 23 f., die übrigens nöthigenfalls von der interessirten Partei zu erweisen sind 20, 7, 9.
Ausländischer Richter, inwieweit derselbe zur Rechtshülfe verpflichtet ist, 38, 30 ff. Prorogation der Gerichtsbarkeit an denselben 39, 26. Sein Urtheil kann durch exc. rei judicatae und a. judicati auch im Inlande geltend gemacht werden, sowie das des inländischen Richters im Auslande 38, 30.
Ausnahmsgerichte 37, 3 ff., mit persönlich bestimmter Competenz (auch über Ehefrau, Kinder und Dienerschaft des Privilegirten competent 40, 53 ff., 37, 64): Gerichte für die s. g. Schriftsässigen 4 ff., Hofmarschallsgericht, Berggerichte, Gewette 15, die academischen Gerichte 16 ff., die Kriegsgerichte 29 ff.; mit sachlich bestimmter Competenz: Gerichte für peinliche Sachen, Seite 453, Handels-, Zunft-, Berg- u. s. w. Gerichte, 37, 68, Lehngerichte 69 ff., 33, 248 ff., Meierdinge 37, 101 ff.
Auspfändung Seite 634 ff.
Aussetzung des Kostenpunktes s. Proceßkosten; des Verfahrens, die berechtigte auf Grund eines Präjudicialverhältnisses, 64, 62 ff., die unberechtigte s. Justizverweigerung.
Austräge 33, 157 ff., Seite 393. Austräg-Commissionen 35, 6. Austräge ausgeschlossen zu Gunsten mitleidswürdiger Personen 38, 4, zulässig zur Zeit des Reichs für die Belangung der Landesherren seitens ihrer Unterthanen 39, 7.
Außerordentliche Anträge, Liquidität, bez. Liquidestellung derselben 21, 11, 29, 19. Die richterliche Proceßleitung gegenüber den außerordentlichen Anträgen 45, 8 f.
Authentica scriptura 24, 95 b.
Auxilium extraordinarium 53, 4.
Avisatio s. admonitio de vitando perjurio 25, 20.
Avocation einer Sache s. Justizverweigerung.

Beamte, deren Zeugnißpflicht 23, 13; Berufung auf den Amtseid bei der Zeugenschaftsleistung 19; schriftliches Zeugniß 69; Beweiskraft des Zeugnisses öffentlicher Beamter 74.
Bedingung, Beweislast bezügl. derselben s. Beweislast.
Beeidigung der Sachverständigen 44, 24; der Zeugen 23, 14.
Beglaubigung der Unterschrift bei Urkunden 24, 74.
Beisitzer s. Urtheiler.
Beiurtheile, Begriff, Arten und Unwiderruflichkeit, 51, 5 ff. Deren Anfechtbarkeit (Appellabilität) 34, 41, Seite 705.
Bekanntmachung der Decrete, Seite 840 ff. — Publication 67, 27 ff. Einfluß eines Formfehlers bei der Publication des Urtheils 34 ff. Insinuation in vim publicati 49. — Insinuation 50 ff. Insinuation durch den Gerichtsboten 51 ff. Welche Wirkung die vom Gerichtsboten in

einem fremden Gerichtssprengel vorgenommene Insinuation hat 38, 22. Insinuation durch Vermittelung des Extrahenten 67, 55 ff. Insinuation an Streitgenossen 63, 99, an den Intervenienten 7, 25, an gesetzliche Vertreter 12, 37, 39, 25. Ob an den Procurator statt an die Partei insinuirt werden muß oder vielmehr nur darf 67, 64 ff. Pflicht des Procurators zur Entgegennahme der gerichtlichen Verfügungen 64. Requisition zur Beschaffung der Insinuation 69. Ob in den Ferien gültig insinuirt werden kann 66, 57. Insinuation ad manus 67, 70 f., Irrelevanz der Zurückweisung oder Zurückgabe der Verfügung 72; Insinuation an Hausgenossen 73 f., ad domum 75 f. S. g. öffentliche Insinuation 78 ff.: Ursprung und Entwickelung 79 ff. Fälle der Statthaftigkeit 95 ff., insbesondere wider unbekannte Provocaten oder Verklagte 103 ff. Ob auch bekannte (und erreichbare) Interessenten gemeinrechtlich durch Edicte geladen werden dürfen 108. Art der Bekanntmachung der Edictalladung 109 ff. Nachweisung der geschehenen Bekanntmachung 122 f. Welche Wirkung es hat, wenn ein mehr subsidiärer Insinuationsmodus statt des weniger subsidiären in Anwendung gebracht ist 77, 101 f. Restitution wegen Nichtkenntniß der in subsidiärer Weise insinuirten Verfügung 124 f.

Beneficium adhaesionis 56, 53; annotationis s. Armenrecht; cedendarum actionum und competentiae als in der Executionsinstanz zulässige Einreden 48, 119, 120; competentiae in Anwendung auf Gehaltsbezüge 50, 12; nondum deducta deducendi et nondum probata probandi (novorum) in der Appellationsinstanz 56, 72; in der Revisionsinstanz 59, 40; bei der Nichtigkeitsbeschwerde 61, 125 f.; bei der Restitution 53, 59.

Beneficium als Lehn 37, 70 ff.

Berechnung der Fristen 68, 76; der Appellationssumme 54, 52 ff.

Berggerichte 37, 15.

Berufung s. Appellation.

Berufungssumme s. Appellationssumme.

Bescheinigung 29. Begriff 21, 9. 29, 1 f. Fälle der Anwendung 3 ff., insbes. bei außerordentlichen Anträgen im ordentlichen Processe 21, 11. Stärke der zu erbringenden Wahrscheinlichkeit 29, 21 f. Bescheinigungsmittel, insbes. Calumnieneid, 23 ff., 36. Verfahren, insbes. Vertheidigung des Imploraten, 21, 11, 29, 31 ff., bessere Bescheinigung 37. — Verhältniß der Bescheinigung zum liquiden Beweis 21, 11, 29, 32.

Beschlagnahme s. Executionsmittel.

Beschlüsse s. Decrete; der Richtercollegien 36, 2.

Beschwerde 61; s. einfache Beschwerde, Appellationsbeschwerde.

Besitzstreitigkeiten, possessorium. Der Gerichtsstand für das Possessorium 41, 52, erstreckt sich nicht auf das Petitorium und umgekehrt 63 f. Verbindung von Petitorium und Possessorium zu einem Verfahren, wieweit zulässig und mit welcher Wirkung, nach R. R. 64, 27 ff., nach can. und heutigem Recht 33 ff. Eigenthümlichkeit des Possessorium in Betreff des Suspensiveffects 55, 30 f. Possessorium summarium 30, 80 ff. Inappellabilität der in demselben ergangenen Verfügungen 85, 91, 54, 36, 55, 30.

Bestechung des Richters 36, 15, der Zeugen 23, 7, 53, 62.

Betrug als Restitutionsgrund 53, 60.

Bestechung des Richters 36, 15 a.

Bevollmächtigte s. Procuratoren.

Beweis. Gegenstand des B., thema probandum 71, 41: nur relevante, nicht durch liquiden Gegenangriff wirkungslos gewordene Thatsachen 20, 5; nur bereits behauptete und abgeleugnete Thatsachen 70, 17; nicht Rechtssätze 20, 6 ff., jedoch mit einer Modification bei Gewohnheits- und fremdem Recht 7 ff.; nicht die technische Beurtheilung 11, 70, 54; nicht Notorisches 20, 12 ff. — Liquider Beweis 21, 11 ff., 29, 34, 36. Verhältniß desselben zur Bescheinigung 21, 11, 29, 32. Durch welche Beweismittel, insbes. ob durch Eideszuschiebung liquider Beweis erbracht wird, 21, 14. Inwiefern die Compensationseinrede liquiden Beweis erfordert 15 f. Liquid gestellter B. 14, 47, 124, 73, 8. — Unvollständiger und halber Beweis, 21, 9, 26, 7 ff., 29, 26. — Verhältniß zum Gegenbeweis 20, 1 ff., 21, 10. —

Anticipirter Beweis 70, 70 ff. — Beweis zum ewigen Gedächtniß 24, 32 ff., insbesondere bei Urkunden 24, 98 b, beim Augenschein 44, 8 b. — Probatio per aequipollens 25, 3.
Beweisantritt 70, 30 ff. Präcisirung des Beweisthemas 32 f. Benennung der Beweismittel 34 ff. Bezeichnung der für die einzelnen zu erweisenden Thatsachen bestimmten Beweismittel 38. Gegnerische Erklärung auf den Beweisantritt 39 ff. und Verbindung des Gegenbeweisantritts mit derselben, Seite 976. Erkenntniß über den B. A., insbes. s. g. Relevanzbescheid, S. 978, 70, 38.
Beweisartikel, articuli probatoriales 23, 52, 70, 18, 22, 24, 34 f.
Beweiseinreden, Seite 194. Vorbringung derselben 70, 39. Verfahren über dieselben 42 f., 47.
Beweisfrist 71, 43.
Beweisinterlocut 71, 41 ff., 46, 8 f. Dasselbe war dem Reichsprocesse fremd 70, 31.
Beweislast, onus probandi 15, 1 ff., 19 ff., Seite 154. Bei Rechten ist nur die Entstehung zu beweisen 15, 6, 9, 14, 16, 1. Ob bei factischen Zuständen außer der Entstehung auch die Fortdauer bewiesen werden muß 15, 9. Wie Thatsachen idealer Natur zu beweisen sind 10 f. Beweislast bei Präsumtionen 13 ff. Beim s. g. qualificirten Geständniß, insbesondere bei behaupteten dies, Resolutiv-, Suspensivbedingung 19, 12 ff. Bei Negativen 15, 15 ff., 16, 7 f., insbes. bei der condictio causa data c. n. s. 15, 17, bei dem negativ bedingten Versprechen einer Conventionalstrafe 16, 4, bei Geltendmachung der lex commissoria durch die a. venditi oder rei vindicatio 5 f., bei der Privationsklage 6, bei obligationes non faciendi 7, bei Verzug 8, dolus, culpa lata 9, 11, culpa levis 10, diligentia quam suis 11; bei negativen Einreden 17, 22 ff. Beweislast in Betreff des bedingenden Rechtsverhältnisses, wenn aus dem bedingten geklagt wird, 16, 16 ff. Beweislast bei der exceptio legis Anastasianae 17, 25, non adimpleti contractus 24, non numeratae pecuniae 22 f. — Regulirung der Beweislast im Beweisinterlocut, Seite 975. — Uebertragung der Beweislast als Proceßstrafe 30, 10.
Beweismittel und Beweisgründe im Allg. 21, im älteren germanischen 2, im R., C. und heutigen Recht 3 ff. — Beim liquiden 11 ff., beim liquid zu stellenden Beweise 14. — Gemeinschaftlichkeit der B.M. 25, 3 a f. — Collision und Concurrenz der B.M. 25, 4 a ff. Verfahren bei Concurrenz der B.M., insbes. anderer B.M. mit der Eidesdelation, 71, 46 f.
Beweissystem, des älteren germanischen Rechts 21, 2, des R. R. 3 ff., des heutigen Rechts 6 ff.
Beweisthema, thema probandum 71, 41, s. auch Beweis.
Beweisverfahren, Sonderung desselben vom ersten Verfahren im altdeutschen und heutigen Processe 71, 16 ff., Seite 974. Das Beweisverfahren des Reichsprocesses 71, 17, 33 ff., 45. Die Abschnitte des Beweisverfahrens, Seite 948 ff., 978 f.
Bischöffe, Ort ihrer Vernehmung als Zeugen 23, 43; Form ihrer Eidesleistung 25, 27.
Blanquet, dessen Bedeutung bei der Urkundendiffession 24, 87.
Blinde Appellation 55, 14.
Blinde, ihre Unfähigkeit zum Richteramt 36, 11.
Blutbann 33, 230, Seite 378, 33, 276.
Botenmeister 67, 51 ff.
Briefe in der Bedeutung von Urkunden Seite 221.
Bucheid 26, 11 a.
Bundesgesetzliche Normen für den Civilproceß 2, 12.
Bundesrath als Beschwerdeinstanz im Falle der Cabinetsjustiz und Justizverweigerung Seite 394, 401.
Bundesversammlung als Beschwerdeinstanz im Falle der Cabinetsjustiz und Justizverweigerung Seite 393, 34, 19.

Cabinetsjustiz, Ausschluß derselben, 34, 7 ff.; Garantien gegen dieselbe bei den Reichsgerichten 9, bei den Territorialgerichten 10 ff., mit Unterscheidung von Verboten und positiven Vorschriften 16 ff.; insbes. Hülfe der Stände 18, der Bundesversammlung und heut zu Tage des Bundesraths 19.
Calumnia 30, 18.

Calumnieneid, Begriff, Zweck und Arten 30, 17, 20 f. Genereller 22 ff., 14, 30, und sein thatsächliches Verschwinden aus der Praxis 30, 36. Specieller, 37 ff.; Fälle der Anwendung 37 ff., insbes. als Bescheinigungsmittel 29, 24 ff., zur Ergänzung einer unbestimmten Bezeichnung des Klagobjects 14, 4. Befreiung der Eltern und Lehnsherren von dessen Ableistung 30, 18. Ableistung durch einen Procurator 19, 25, 29.
Cancellisten Seite 436.
Canonisches Recht als Quelle des gemeinen Civilprocesses 2, 2 ff. Canonisten 3, 3 ff.
Canzleien und Canzler des Landesherrn zur Zeit des Reichs 33, 268 ff.
Causa agendi s. actionis, s. petendi 16, 1, 47, 44a ff.
Causae adesse bei der accessorischen Intervention 7, 19; — renuntiatio 46, 5 f., 70, 63.
Causae mixti fori 32, 50.
Cautio indiscreta, ihre Beweiskraft, ob sie Beweismittel oder Dispositionsact sei 22, 1 ff.
Cautionen 30, 48 ff., Arten 49 ff. — C., die in der Proceßführung ihren Grund haben. C. der Parteien, und zwar des Klägers: antiquirte 64 ff., de lite prosequenda 66, 49, 8, pro expensis 30, 67 (auch vom Provocaten zu leisten 13, 66), pro reconventione 30, 67; des Verklagten: judicatum solvi 53 ff., 14, 80, judicio sisti 30, 58 ff. C. der Vertreter, und zwar des Vertreters des Klägers, de rato bei Unsicherheit der Grundlage der Vertretung 9, 8 f., 32, 10, 25 und bei präsumtivem Mandat 9, 37, judicatum solvi für die Widerklage 10, 25; des Vertreters des Verklagten: judicatum solvi 6, 7, 9, 10 ff., de rato bei dinglichen Klagen 13, 36. Art der Cautionsleistung 30, 68 ff., Beantragung und Erzwingung derselben 71 ff., Seite 544, 545. — C., die sich auf das Urtheil gründen, 46, 36 ff. C. des Klägers 45 ff., von denen die c. amplius non agi 45 antiquirt ist, während die C. wegen eines möglicherweise noch künftig entstehenden 46, oder seinem Werthbetrage nach noch nicht genau festgestellten Gegenanspruchs 47 f., sowie die c. de restituendo bei Verweisung von Einreden ad separatum in practischer Geltung sind 49 ff. Die C. des Verklagten 37 ff.: de restituendo 40, de non amplius turbando 43, sind im heutigen Recht anderweitig ersetzt 39 ff. — C. de restituendo in der Rechtsmittelinstanz, als Mittel, die sofortige Execution der sententia a qua zu erwirken 55, 32, 59, 13, 23. — Execution in Anwendung auf cautiones cautionales 50, 88 f. — Ueber die durch die Principalintervention veranlaßten Cautionen s. Intervention.
Cedent, Stellung desselben zu den dem Cessionar zugeschobenen Eiden 25, 80 ff.
Centgerichte und Centenar in der fränkischen Monarchie 33, 59, 74 ff., 88, 98, im deutschen Reiche 96 ff., 228 ff., 270 ff.
Cession der Klagen 6, 7, 14; als Theil des Klaggrundes 16, 16, S. 155.
Circumduction des Termins 45, 12, 49, 1a, 72, 19. Wirkung der Circumduction des ersten Termins 49, 19.
Citation s. Ladungen.
Civilgerichtsbarkeit 43, 1 ff.
Civilproceß, Begriff und Wortbedeutung, 1, 6.
Civilproceßsachen s. Justizsachen.
Clausulae de dolo malo, de re defendenda, de re judicata als Bestandtheile der cautio judicatum solvi 30, 53 ff., 62, 14, 80. — Cl. generalis s. Restitution. — heredum 6, 6a, 9, 41. — salutaris 43, 45 ff. — substitutionis 9, 41, 68, 20. — substituendi 10, 27.
Cleriker s. Geistliche.
Cognition, richterliche 44. Aufgabe derselben 523 ff., 527 ff., die verschiedenen Aeußerungen der richterlichen C. Seite 540.
Cognitor 9, 8, 11, 16.
Collatio literarum s. comparatio.
Collegiale Gerichtsverfassung 36, 1 ff. Geschäftsbehandlung innerhalb der Richtercollegien 2, 5, 35, 58.
Collision s. Concurrenz.
Commanditgesellschaft, Gerichtsstand 40, 47; kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden 12, 1b.
Commissionen s. delegirte Gerichtsbarkeit.

Commissorium 35, 28 ff., 39, 41, 63.
Commodum ex re 14, 72.
Communicativdecret 45, 13.
Communio appellationis 56, 59 ff.; instrumentorum et testium 25, 4.
Comparatio literarum 24, 77.
Compensationseinrede. Inwieweit dieselbe liquiden Beweis erfordert 21, 15 f. Deren Verweisung ad separatum 46, 49. Wann sie noch in der Executionsinstanz zulässig ist 47, 121.
Competenz s. Gerichtsstand, beneficium competentiae.
Competenzconflict 1, 5.
Compulsorialien 56, 16.
Computatio s. Fristen, Termine.
Concurrenz und Collision der Beweismittel 25, 4a ff., der Haupteide unter sich 25 unter II., mit andern Beweismitteln 71, 46 ff.; — der Gerichtsstände 42; wo sie durch die L. C. 5, wo durch die Mittheilung der Klage an den Verklagten 10 f., eventuell durch das Loos entschieden wird 12; bei rechtshinderlicher Bestrittenheit der Competenz zwischen verschiedenen Gerichten devolvirt die Sache an das höhere Gericht 38, 11; Concurrenz der Klagen hinsichtlich der Wirkung der Rechtskraft 47, 24 f., 39 ff., hinsichtlich der Cumulation 63, 67; Concurrenz und Collision der Proceßhandlungen 69, 1 ff.
Conclusa pleni 2, 5.
Conclusio in causa 71, 38.
Concurs, dessen Einfluß auf die Dispositionsfähigkeit des Concursschuldners 12, 9; Aufforderung zur Klagestellung in demselben 13, 15 ff.; Succession des Concurscurators in die Proceßverhältnisse des Cridars 6, 8. — S. auch Edictalladung.
Concursmasse 12, 9, 13, 15.
Condemnatio s. Endurtheil.
Condictio causa data c. n. s., Beweislast bei derselben 15, 17.
Confessio s. Geständniß.
Confinirte, deren Gerichtsstand 40, 48.
Conformität der Urtheile, Unzulässigkeit der Appellation gegen das dritte conforme Erkenntniß 54, 28.
Connexität s. Klagencumulation und Gerichtsstand der Abhängigkeit und der Widerklage.
Consular-Gerichtsbarkeit 33, 284.
Consumtion des Klagrechts durch das Endurtheil 47, 12 ff.; durch die Litiscontestation 14, 48 ff.
Continentia causae s. forum continentiae causarum.
Contumacia s. Ungehorsam.
Contumacialerkenntnisse, inwiefern gegen dieselben die Appellation zulässig ist 54, 38 ff.
Contumacirstunde 68, 12.
Contumax non appellat 54, 38 ff.
Conventionalproceß, inwieweit die Uebereinkunft der Parteien eine Abweichung von dem Proceßrechte bewirken kann, 43, 21 f.
Conventionalstrafe, Beweislast bei dem negativ bedingten Versprechen einer solchen 16, 4.
Coordination der Gerichte 38, 21 ff.
Copie, vidimirte einer Urkunde 24, 95 b.
Correalgläubiger oder Correalschuldner können nicht als Theilnehmer an einem Rechtsstreite gedacht werden, Seite 40. Inwieweit eine Cumulation der Klagen mehrerer correi credendi zulässig ist, 63, 7, S. 837. Klagencumulation wider correi debendi und deren Wirkung 63, 7, 12, 20, 31, 56. Welche correi debendi solche Cumulation verlangen können 36 ff. Ob die Verurtheilung mehrerer gemeinsam belangter correi debendi in solidum erfolgen kann 56.
Creditrecht s. Armenrecht.
Credulitätseid s. Glaubenseid.
Cridar, inwieweit derselbe zur Proceßführung fähig 12, 9.
Criminalgerichtsbarkeit, deren Verhältniß zur Civilgerichtsbarkeit 43, 1 ff.
Criminalproceß. Bedeutung des im Criminalproceß abgelegten Geständnisses für den Civilproceß 22, 17, des im Cr.Pr. ergangenen Urtheils für den Civilproceß 24, 93. Inwieweit der Cr.Pr. eine Sistirung des Civilprocesses zur Folge hat, wenn in diesem der den Gegenstand von jenem bildende Umstand incidenter zur Sprache kommt 64, 56, 61, 24, 90. Die Möglichkeit des Cr.Pr. schließt die auf Bestrafung eines öffentlichen Vergehens gerichtete Civilklage aus 64, 57 ff. Der Civilproceß über die bedingende Sache geht dem Cr.Pr. über die bedingte vor 51 ff.

Culpa lata, levis, Beweislast, 16, 11, 10.

Curator, als gesetzlicher processualischer Vertreter (s. auch Vertreter) 11, 1 ff. Von mehreren Curatoren ist regelmäßig jeder zur Proceßführung legitimirt 2 f. Auftreten des Curators an Stelle des Vertretenen oder neben demselben 12, 10 ff. Inwieweit die nur mit der custodia rerum betrauten curatores bonorum zur Proceßführung legitimirt sind 11, 4 f. Beschränkte Substitutionsbefugniß des Curators 8. Curatorium 9, 30. Ausnahmsweise Curatel bei Hauskindern 11, 19, 21. Haftung des Curators 22. Restitution des Vertretenen wegen Pflichtverletzungen des Curators 23 f., 53, 23. — Curator in litem der puberes minores nach R. R. 12, 7, der Tauben und Stummen 32. — Geschlechtsvormund für Frauen 6, 12, insbes. wieweit ein solcher im Fall der Statutencollision erforderlich 35.

Curatorium 9, 30.

Decendium appellationis 55, 9.

Declaratio contumaciae 49, 64.

Declaration der Urtheile 51, 19 ff. Ob das Declarationsgesuch den Lauf der Interpositionsfrist aufhält 25.

Declaratorische Sentenz s. Sententia.

Decreta communia 2, 5.

Decrete, (arctatorische, monitorische &c.) s. auch Ladungen. Einfache Decrete 51, 11, 13. Decreta inhaesiva 11, rejectoria 41.

Decretum D. Marci 1, 1a f.

Defectus jurisdictionis 60, 59; defectus sanabiles, insanabiles 60, 65 ff. — Verwerfung der Appellation ex defectu fatalium vel formalium 56, 10; ex defectu materialium 11.

Defensiones 17, 2.

Defensor, Begriff 9, 21, Cautionspflicht desselben 11, 36. Unfähigkeit, defensor zu sein, 36, insbes. wegen Minderjährigkeit 10, 10. Der defensor als Singularsuccessor des Verklagten 6, 10.

Deferirter Eid s. Eideszuschiebung.

Definitivsentenzen s. Endurtheil.

Delegirte Gerichtsbarkeit Seite 403. Wer Commissionen ernennen kann 35, 1 ff., 9, 12 ff. In welchen Fällen die Ernennung einer Commission zuläßig und nothwendig ist 6 ff., 13 ff., 17 ff., insbes. wann ad totam causam, wann zur Vornahme einzelner Handlungen 7 ff., 15 ff., 38, 15. Wahl und nothwendige Eigenschaften des Commissarius 35, 20 ff. Verhältniß mehrerer Commissarien 43. Ob die Beeidigung des Commissarius erforderlich ist 22. Befugniß zur Subdelegation 27. Commissorium, dessen Inhalt und Interpretation, 28 ff., 39, 41, 63. Verfahren der Commission 35, 33. An welche Behörde gegen den Spruch des Commissars appellirt wird 34 ff. Kosten der Commission 42. Beendigung der Commission 44. Verhältniß der Commissionen zu Deputationen 58.

Demonstratio 14, 24.

Deputationen von Richtercollegien 35, 58.

Deservien der Advocaten s. Advocaten.

Deteriorationen während des Processes 14, 42.

Devolution der in erster Instanz anhängig zu machenden oder anhängigen Sachen an den Oberrichter 38, 3 ff., 35, 15; im Rechtsmittelverfahren s. Devolutiveffect.

Devolutiveffect der Rechtsmittel im Allgemeinen 52, 36. Devolutiveffect der einzelnen Rechtsmittel s. bei diesen.

Dienstbarkeiten, Werthschätzung derselben bei Berechnung der Appellationssumme 54, 79, 87.

Dienstboten als Zeugen 23, 32b. Gerichtsstand derselben 40, 57.

Dies fasti und nefasti 66, 18 ff., comitiales 18; festi und profesti 22 ff.; fatales 68, 87 ff.

Diffession der Urkunden 24, 81 ff.

Diffessionseid 24, 84; dessen Fassung 86b, 72g.

Dilationen, Begriff 68, 14; Gründe für die Ertheilung derselben 16 ff., wiederholte Ertheilung von D. nach R. R. 26 ff., nach can. R. 31 ff., nach den Reichgesetzen 38 ff.

Dilatorische Vertheidigung des Verklagten, dem Proceßrecht entnommen, (Rüge mangelnder Proceßvoraussetzungen) 14, 92 ff., 111 ff., 45, 2 ff., 70, 11 ff. Wann dieselbe vorzubringen war nach R. R. 49,

73, 70, 12 f., nach C. R. und der früheren Reichsgesetzgebung 49, 85 f., 70, 12 f. Deren Verbindung mit der Litis Contestation nach heutigem Recht, Seite 970 ff. Ausgezeichnet sind die forideclinatorischen Einreden S. 972, 49, 63. Die dem materiellen Recht angehörigen dilatorischen Einreden 14, 96 ff., 70, 12.
Diligentia quam suis, Beweislast 16, 11.
Dimission der Proceßsachen vom Unterrichter an den Oberrichter in Folge der Appellation 55, 32a ff. s. auch Appellation.
Ding, ächtes (ungebotenes), 33, 83 ff., 66, 15; gebotenes 33, 108 ff., 66, 16.
Dingpflichtigkeit 33, 129, 147, 40, 25.
Directorium 70, 37.
Disciplinargewalt, richterliche 48, 2 ff., wegen der vor Gericht begangenen Ungebührlichkeiten 10, 36, 12 a. E., den Advocaten gegenüber 8, 23 ff. Die allgemeine Disciplinargewalt über die Advocaten steht den Obergerichten zu 8, 24. — Allgemeine und besondere Disciplinargewalt über die Untergerichte 38, 17 ff. — Querela simplex gegen den Mißbrauch der Disciplinargewalt 61, 22 ff.
Disciplinarstrafen 48, 11 ff., 8, 23, 38, 18.
Dispositionsfähigkeit als Bedingung für die legitima persona standi in judicio 12, 7 ff.
Dispositionsrecht der Parteien 13, 1 ff.
Dispositive Urkunden 24, 6 ff. 87 ff. s. auch Urkunden.
Disputirsätze 70, 47 f., 51.
Documenta 24, 4a.
Dolus, Beweislast 16, 9.
Domesticus, richterlicher Beamter in der fränkischen Monarchie 33, 141 ff.
Domicil, Gerichtsstand des Domicils 40, 1 ff. s. Gerichtsstand.
Dominium litis im R. R. 9, 4, ff.; seine Beseitigung im heutigen Recht 26 ff., außer bei mangelnder Legitimation des processualischen Vertreters 38.
Dubia cameralia 2, 5.
Dupliken, Tripliken u. s. w. 18, 10, Seite 974. Ob die Verhandlung bis zur Duplik nothwendig 71, 40.
Duplum der Recesse im mündlichen Verfahren 67, 22, so wie der Parteihandlungen im schriftlichen Verfahren ist stets mit einzureichen 25 und vom Richter der Gegenpartei mitzutheilen 68, 10, 74.

Edictalladung s. Insinuation der Decrete, Aufgebot.
Edition der Acten nach eingelegter Appellation 55, 32a ff., 56, 16; — der Urkunden s. Urkundenedition.
Editionseid 24, 108.
Editionsverfahren 24, 109.
Effectus simultanei processus 63, 90 ff. 97 ff.
Ehehaften 49, 119, Seite 925.
Ehesachen. Wirksamkeit des Vergleichs 27, 29, des gerichtlichen 19, 6, des außergerichtlichen Geständnisses in Ehesachen 22, 12. Ob und wann ein nothwendiger Eid in Ehesachen aufzulegen 26, 9. Unzulässigkeit der Eideszuschiebung in Ehesachen 27, 29. Gerücht und testes de auditu als Beweismittel in Ehesachen nach C. R. 21, 7, 23, 4b. Eltern und Kinder gegen einander als zulässige Zeugen in Ehesachen 23, 12.
Ehrlose, ihre Unfähigkeit zum Zeugniß 23, 27, (der Infamen) zur Advocatur 8, 8.
Eid (s. auch Eideszuschiebung, nothwendiger Eid, Glaubenseid, Calumnieneid, Würderungseid u. s. w.) als Beweismittel im Allgemeinen 25, 8 ff. Arten der Haupteide 92. — Wer eidesfähig ist 15 ff., 23, 3. Regelmäßige und exceptionelle Form der Eidesleistnng 25, 10 f., 21 ff. Eid der Juden 13. Ersatz des Eides bei den Secten, die den Eid für unerlaubt halten 14, bei Meineidigen 19 f. Eidesleistung durch Specialbevollmächtigte 29, der gesetzlichen Vertreter 61 f., insbes. von juristischen Personen 62a ff., des Cedenten und Intervenienten 80 ff., der Streitgenossen 63, 114. Einfluß des vor der Ableistung eintretenden Todes des Eidespflichtigen 25, 31a. — Eid über Gegenstände technischer Beurtheilung 87 ff., insbes. bei Schätzungen 89 ff. — Stellung der Eidesleistungen innerhalb des gesammten Verfahrens, Seite 953, 70. 52 f. Collision und Concurrenz der Haupteide unter sich, Seite 274 ff.,

der Haupteide mit andern Beweismitteln 71, 47.
Eidesacceptation s. Eideszuschiebung.
Eidesdelation s. Eideszuschiebung.
Eideserlaß 27, 20, 31.
Eidesfähigkeit 25, 15 ff.
Eidesformel 25, 11.
Eideshelfer im älteren deutschen Processe Seite 190, 25, 40, 42.
Eidesleistung s. Eid.
Eidesrecusation s. Eidesweigerung.
Eidesrelation 27, 11 ff., 21, 30 ff.
Eidesweigerung 27, 33a, 20, 49, 105.
Eideszuschiebung (s. auch Eid, Glaubenseid) 27. Der außergerichtlich zugeschobene Eid und dessen Bedeutung 1 ff. Der in jure zugeschobene Eid des R. R. 8a ff. und sein Verschwinden im heutigen Recht 26 ff. Der in judicio (über Thatsachen) zugeschobene Eid 28 ff.: Wer deferiren kann 2. Wem deferirt werden kann 3, 14, 25, 16. Unzulässigkeit der Eideszuschiebung in den der Privatdisposition entzogenen Sachen 27, 29. Richterliches Prüfungsrecht über Zulässigkeit und Fassung des Eides 18, 30. Der früher erforderliche vorherige Calumnieneid des Deferenten 20, 33a. Die eventuelle Eideszuschiebung, insbesondere ihre Collision mit dem nothwendigen Eid bei unvollständigem Beweise, 31. Ob der bloße Vorbehalt der Eideszuschiebung innerhalb der Beweisfrist wirksam ist 71, 46. Instruirung des Verfahrens über die eventuelle Zuschiebung neben dem principalen Beweisverfahren 46. Erklärung des Delaten 27, 11 ff., 30. Restitution gegen die Folgen der Ausschwörung 49 ff., Form des Verfahrens 70, 37, 40, 42. — Die Eideszuschiebung ist geeignet zur Liquidestellung 21, 14.
Eigenmacht s. Selbsthülfe, Selbstvertheidigung.
Eigenthumsklage. Deren Begründung beim Eigenthumserwerb durch Universal- oder Singularsuccession 16, 16, bei originärem Erwerb von regelmäßig im Eigenthum stehenden Sachen Seite 174. Wirkung der exc. rei judicatae gegenüber der rei vindicatio 47, 46, Seite 584, 73, 83 ff., 87, 90. Cumulation der R. V. mit der a. Publiciana 63, 72 f.
Einfache Beschwerde, querela simplex 61. Begriff derselben im Allgemeinen 38, 18 f., 61, 3. Voraussetzungen: Interesse des Querulanten 6, Beziehung des beschwerenden richterlichen Verhaltens auf einen bestimmten Proceß 7. Auch dem durch das Verhalten eines andern Richters beschwerten Richter steht sie zu 6. Sie ist nicht an die Appellationssumme 3, oder eine Frist 4, oder die Interposition gebunden 23, hat keinen Suspensiveffect, läßt jedoch unter Umständen oberrichterliche Inhibition zu, 23. Verfügungen des Oberrichters auf die Anbringung der einfachen Beschwerde 25 ff. Zulässigkeit einer reformatio in pejus 26. Kostenpunct 28. — Insbesondere: Querela protractae vel denegatae justitiae 8 ff. Dieselbe hat bei erwiesener Böswilligkeit des Unterrichters die Avocation 8, regelmäßig aber, im Anschluß an das R. R. 9, nur s. g. mandata de administranda justitia mit Strafandrohung oder Ordinationen ohne Strafandrohung zur Folge 13. Zulässigkeit der letzteren auch für den Fall, daß der Unterrichter ein Gesuch, ohne auf dessen Inhalt einzugehen, obschon nicht ohne Grund zurückgewiesen hat 17 ff., daher unter Umständen Concurrenz dieser Querel und der Appellation 18. Wider die auf den Inhalt eingehende Ablehnung eines Gesuches ist die Querel unzulässig 21. — Querela simplex im engeren Sinne, gerichtet gegen die auf einem Mißbrauch der richterlichen Disciplinargewalt beruhenden Verfügungen 22 ff. Wem dieselbe zusteht, Seite 819. Genauere Bestimmung der durch dieselbe angreifbaren Verfügungen, Seite 820.
Einfache Decrete 51, 11, 13.
Einführung der Appellation s. Introduction.
Einheit des Rechtsstreits, äußere und innere, 62 a. E.
Einlager 50, 72 ff.
Einlassung auf die Klage s. Litiscontestation, Responsionen.
Einlegung der Appellation 55, 1 ff. s. Interposition.
Einreden, Begriff und Eintheilung 17, 1 ff., 20 f. Begründung der Ein-

reden Seite 164 f. Proceßeinreden 14, 95, 111. Einreden im Gegensatz von Leugnen 17, 3. Die ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe sind theils rechtshindernd 6 ff. (insbes. auch die gegen Präsumtionen 11, sowie die gegen den passiven Klaggrund gerichteten 13), theils rechtsvernichtend 14. Die Exceptionen 4, 15 ff. 14, 96 ff., insbes. die peremtorischen 17, 15 ff.; dilatorische und insbes. forideclinatorische s. dilatorische Vertheidigung. Die s. g. proceßhindernden Einreden 70, 12 f., 76 ff., 21, 12. Wann die Einreden vorzubringen 70, 12, 28. 71, 19 ff., s. auch dilatorische Vertheidigung. Welche Einreden noch in der Executionsinstanz zulässig sind 47, 118 ff. Wann solche die Vollstreckung der Execution hemmen 124, 21, 13. — Qui excipit, non fatetur 69, 2, ausgenommen bei entstehendem absoluten Widerspruch 9.

Einsicht der Acten öffentlicher Behörden 24, 107.

Einzelrichter und Richtercollegien 36, 1 ff.

Emendatio libelli s. Klagänderung.

Endurtheil, res judicata, sententia (definitiva) 46 f. Verhältniß zur Litis Contestation 46, 1, 7, 11. Auf die confessio in jure erfolgt ein declaratorisches Urtheil 1, 14, 13 ff., Seite 597. Wodurch das E. nach der L. C. unnöthig wird s. Aufhebung des Processes. — Inhalt des E. 12 ff.: Freisprechung, absolutio ab actione s. Abweisung der Klage (definitive): Verurtheilung, condemnatio. Object 18 ff., insbes. commodum ex re 2, 14, 68, litis aestimatio nach R. R. 46, 18, 23 f., nach heutigem Recht 26, Vorbehalt der Liquidation 27 ff. (nicht der Specialisirung 29); gemischtes Endurtheil im Fall der pluris petitio Seite 556 f. Auflegung von Cautionen im E. 46, 36 ff. Behandlung der Retentionseinrede im E. 48, 50 b, der Compensationseinrede 49 f. 50 a. Besonderheit der judicia duplicia 51 f. Der Kostenpunct 52 ff. — Wirkungen des E. 47. Consequenzen aus dem Verhältniß der Litis Contestation zum E. in Betreff der bedingten obligatio judicati 14, 55 f., 47, 1 ff., in Betreff des Umfangs des streitigen Rechts 14, 66 ff. Exceptio rei judicatae und actio judicati im Allgemeinen 47, 11, 102. Consumirende Wirkung des E. 12 ff.: Zurücklassung einer Naturalobligation bei ungerechter Freisprechung 7 f. Erfordernisse und Umfang der consumirenden Wirkung in subjectiver Beziehung 17 ff., in Betreff des Objects 39 ff., in Betreff des passiven 46 ff. des activen Klaggrundes 54 ff., insbes. bei Klagenconcurrenz 67 ff. Positive Wirkung auf Grund der Annahme formeller Wahrheit 9 f.; die Anerkennung dinglicher Rechte erzeugt eine exc. rei judicatae 87 ff., 102; das E. über bedingende Rechtsverhältnisse ist maßgebend für die bedingten 91 ff., unter Umständen auch für und gegen Dritte 21 ff., 7, 12 a (nicht aber die beiläufige Entscheidung eines Incidentpuncts für andere Processe 47, 94 ff.); aus der auf Leistung eines Vermögenswerthes gerichteten Verurtheilung insbes. entspringt die obligatio judicati Seite 597 f. Frist für deren Erfüllung, tempus judicati 47, 104 ff. Actio judicati und Executionsantrag 111 ff., 73, 1 (s. auch actio judicati, imploratio officii judicis); ob gegen den Singularsuccessor statthaft 47, 112, 73, 2. — Geltendmachung des E. im Auslande s. ausländischer Richter Publication und Insinuation des E. s. Bekanntmachung der Decrete.

Entscheidungsgründe, deren Beifügung 46, 10. Wieweit von einer Rechtskraft der Entscheidungsgründe gesprochen werden kann 47, 100 f.

Erbschaftsklagen. Ob zur Begründung der Erbschaftsklagen auch die Darlegung der Nicht-Existenz eines Testaments oder näherer Verwandten gehört 17, 10. Gerichtsstand der den Fideicommissaren gegen den Erben und der den Erbschaftsgläubigern gegen die Fideicommissare zustehenden Klagen 41, 26 f. Wie weit der Geltendmachung der erbschaftlichen Singularklagen die exc. praejudicii entgegensteht 64, 50, 69 f., 72 ff., 47, 77. Eventuelle Cumulation des interd.

quod legatorum mit der H. P. 63 70 f. Das gegenseitige Verhältniß zwischen der H. P. und den erbschaftlichen Singularklagen in Betreff der Rechtskraft 47, 75 ff., 92. Wie weit Legatare und Erbschaftsgläubiger an die zwischen den Erbschaftsprätendenten ergangene Entscheidung gebunden sind 33. Klaganspruch des mit der H. P. durchgedrungenen Erben wegen der Sachen, welche der possessor erst nach der Verurtheilung an sich genommen hat, 48 f.
Erfüllungseid 26, 8.
Erfüllungsfrist für den Verurtheilten, tempus judicati 47, 104 ff., für den confessus in jure 107, 46, 74.
Ergänzungsamt, richterliches 43, 44.
Ergänzungseid 28, 8.
Erkenntnisse s. Endurtheil.
Erläuterungsgesuch s. Declaration der Urtheile.
Erlöschen der Instanz oder der Ladung bei Circumduction des ersten Termins 49, 19.
Error advocati 8, 34. — calculi s. Rechenfehler.
Ersatz der Proceßkosten s. diese.
Erstes Decret, dessen Wirkungen s. Insinuation der Klage (14, 85 ff.).
Erstes Verfahren 70, 1 ff. Ausscheidung des Beweisverfahrens aus demselben 71, 16 ff., 34, 40.
Erstreckbarkeit der Fristen s. diese.
Erwachsenheit 54, 44 ff., s. auch Appellationssumme.
Erwerbs- und Wirthschafsgenossenschaft, deren Gerichtsstand 40, 47.
Eventualprincip 71. Verhältniß zum Princip der Reihenfolge 69, 10. Anklänge im can. Recht 71, 10 ff., sein Ursprung im altdeutschen Processe 14 ff., seine Ausbildung durch die Reichsgesetze für das erste Verfahren 19 ff., seine Anwendung auf das Beweisverfahren 45 ff., insbes. in Betreff der eventuellen Eideszuschiebung 46 und der Concurrenz der Beweismittel 47. Das Eventualprincip in den Rechtsmittelinstanzen 48.
Evictionsproceß 7, 9.
Exceptio compensationis s. Compensationseinrede; — deficientis cautionis pro expensis et pro reconventione Seite 545; — deficientis legitimationis ad processum Seite 544; — divisionis, Beweislast 63, 38; — dominii 47, 86; — fori 14, 98; — judicis incompetentis 39, 21; — juris jurandi Seite 162; — legis Anastasianae, Beweislast 17, 25; — libelli inepti Seite 544; litis dividuae 14, 98; — litis pendentis 14, 41; Seite 126 ff., 134, 47, 80; non adimpleti contractus 17, 24, 19, 8; — non numeratae pecuniae und dotis 22, 26; wann unanwendbar 34; ihr Ausschluß ist nicht Ausschluß des Gegenbeweises 35; Beweislast 17, 22 ff. — plurium litis consortium s. Klagencumulation; — praejudicii s. präjudicielle Sachen; — rei in judicium deductae 14, 49; — rei judicatae 47, 11 ff., 70, 79 ff. rei transactae 70, 78; — rei residuae 14, 98; — S. C. Macedoniani 47, 123; — S. C. Vellejani 47, 123; — spolii als dilatorische Einrede 64, 77; Frist für deren Beweis 68, 83, 85; — sub- et obreptionis 13, 63a 21, 11.
Exceptionalhandlung Seite 974.
Exceptiones, s. auch Einreden; contra modum et ordinem executionis 38, 48 f. — facti 17, 20; 70, 82 ff. fori declinatoriae Seite 972 ff., — juris 17, 20; 70, 82 ff. — litis ingressum impedientes Seite 972; — peremtoriae litis contestationem impedientes oder in vim dilatoriarum 70, 87 ff. Seite 964; — praejudicii s. präjudicielle Streitsachen. — procuratoriae 14, 98 ff. — rei finitae 70, 81 ff.
Excipit, qui excipit non fatetur 69, 2, ausgenommen bei entstehendem absoluten Widerspruch 9.
Execution. Die E. verglichen mit den Contumacialnachtheilen 48, 14 ff. Unterschied zwischen Executionsantrag und actio judicati 47, 116 ff. Voraussetzungen der E. 117a, welche übrigens in gewissen Sachen durch die Appellation nicht suspendirt wird 55, 30 ff., E. wider den Singularsuccessor 47, 112, 73, 2. E. mittelst Requisition, executio subsidiaria 38, 30 f., 45 ff. Wider die E. zuläßige Einreden 47, 118 ff.,

21, 13, insbes. vor dem requirirten Richter 38, 45; Erforderniß in Betreff des Beweises 21, 13. Executionsverfahren 73. Rechtsmittel in der Executionsinstanz 54, 34. — Die einzelnen Executionsmittel und ihre Anwendung 50. Zur Beitreibung von Geldleistungen 1 ff.: Die Pfändung 3 ff. Ordnung, in welcher die einzelnen Executionsobjecte angegriffen werden 7 ff. Welche Vermögensobjecte nicht angegriffen werden dürfen 8, 9, 12. Verfahren, wenn baares Geld gepfändet wird 29, wenn andere Sachen 16 f., 28 ff. (insbes. Immobilien 17, 26 f., 35 f., 13, 15 ff.), Forderungsrechte 50, 18 f., 22, 44, Nutzungsrechte 17, 45. S. g. Principal-Intervention in der Executionsinstanz 22 ff. 64, 7 ff. Schuldhaft 50, 46 ff., insbes. im heutigen Recht 68 ff., Wechselarrest 70 ff. Einlegung einer Wache 76 f. Executionsmittel zur Erzwingung des exhibere, restituere, tradere, dare 78 ff.; zur Erzwingung von Cautionsleistungen (missio in possessionem) 88 f.; von sonstigen Leistungen 90 ff.

Executoriales 73, 4.

Exemplification der Urkunden 24, 98 b.

Exemtion eines Spruchcollegiums 44, 60.

Eximirte s. Ausnahmsgerichte.

Experten s. Sachverständige.

Expressa causa muß heut zu Tage immer geklagt werden 14, 67, 47, 62. Consequenzen daraus für den Umfang der Rechtskraft des nachfolgenden Urtheils 60 ff., für die Zulässigkeit der Klagänderung 70, 67 f.

Extrajudicialappellation 58. Wie weit das R. R. sie zuließ 1 ff.; Erweiterung ihres Gebietes im can. Recht 5 ff. Die danach in der älteren Praxis angenommene E. A. gegenüber einer Partei oder einem nicht in richterlicher Qualität handelnden Richter 13 ff. ist allmählig aus der Praxis verschwunden 18 f., während die E. A. gegenüber dem extra judicium vorgehenden Richter, insbes. bei Acten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 20, sich erhalten hat 19 ff. Ihre Behandlung entspricht wesentlich der der Appellation wider einfache Interlocute 24 f. bis auf die besonderen Bestimmungen wegen der Inhibition 23 und den die Stelle einer Vernehmlassung einnehmenden unterrichterlichen Bericht mit den Acten 26.

Fähigkeit zur Advocatur 8, 6 ff. — zur Führung eines eignen Processes, legitima persona standi in judicio 12, identisch mit Handlungs- und Dispositionsfähigkeit 2 ff., jedoch durch positive Vorschrift gewissen Personen, den postulare prohibiti, entzogen 27 ff.; besondere Bestimmung über die Belangung der Ascendenten durch die Descendenten 38 ff., und der höheren Magistrate 40 f. — zur Führung eines fremden Processes procuratorio nomine s. Procuratoren. — zum Richteramt 38, 6 ff., 17 ff. — zum Zeugniß s. Zeugen.

Fallenlassen der Klage, ob noch zulässig nach Insinuation des Klaglibells bis zur Litiscontestation 14, 91. Verzicht des Klägers auf den Proceß nach der Litis Contestation und Wirkungen desselben, insbesondere in Betreff der Kosten 46, 7. — Fallenlassen des Processes mittelst Einigung der Parteien 14, 46, 46, 5.

Falsa causa begründet keine Nichtigkeit des Urtheils 52, 5.

Fälschung, Beweis derselben bei den als Beweismittel benutzten Urkunden 24, 88 ff.

Falsus procurator 9, 27 ff.

Fatale interponendae appellationis 55, 9 ff.; — introducendae appellationis 56, 17 a ff., 30.

Fatalien s. Nothfristen, Fristen.

Feiertage 66, 18 ff., s. auch Ferien.

Ferien: Dies fasti und nefasti — festi und profesti im R. R. vor der christlichen Zeit 66, 17 ff. Ferien und deren Arten in der christlichen Zeit 35 ff. Veränderungen durch das can. R. und die Reichsgesetze 35 ff. Termine an Ferientagen 43 ff. Ausnahme für die summarischen Processe 50 f. Einfluß der Ferien auf den Lauf der Fristen 52 ff. Ob an Ferientagen gültig insinuirt werden kann 57.

Fideicomißgüter, Execution in ihren Ertrag 50, 9, 17.

Fiscus, dessen Gerichtsstand 39,

3 ff.; dessen Vertretung im Processe 11, 15, bei der Eidesleistung 25, 62a.
Forenses 24, 48.
Foridеclinatorische Einreden s. dilatorische Vertheidigung.
Formula und ihre Theile im römischen Formularprocesse 14, 21 ff.
Forum s. Gerichtsstand. — heredis 41, 4. — originis des R. R. 40, 1 ff., des heut. R. 56, 61. — solutionis, contractus, gestae administrationis s. Gerichtsstand des Erfüllungsorts, — privilegiatum s. Ausnahmsgerichte, mitleidswürdige Personen.
Fragerecht, richterliches, 43, 46.
Fragestücke, allgemeine, 23, 34 f., 57; besondere 35a, 53, Seite 952.
Fraudationis causa latitatio 49, 29.
Freigerichtsgesessene 37, 14.
Freisprechung s. Abweisung der Klage (definitive), Endurtheil.
Freiwillige Gerichtsbarkeit 43, 4 ff. Rechtsmittel in derselben s. Extrajudicialappellation.
Fristen 68, 73 ff. Deren Berechnung 76 f., und Prorogation 78. Insbesondere die s. g. Fatalien 83 ff.; Dieselben lassen, mit Ausnahme der Introductionsfrist 92, keine Prorogation zu 84, werden nicht durch den Tod der Partei unterbrochen 6, 5, sind civiliter, nicht naturaliter zu berechnen 68, 86. Beweisfrist 71, 43.
Früchte s. Accessionen.
Fundamentum agendi s. causa agendi.
Fürsprecher 8, 3.
Fürstliche Personen sind von der eidlichen Betheuerung ihres Zeugnisses befreit 23, 20.

Gebühren s. Gerichtsgebühren.
Gefährdeeid 30, 17, 20 ff.; s. Calumnieneid.
Gegenbeweis, Begriff 20, 1. Der mißbräuchlich s. g. indirecte Gegenbeweis 2. Der Gegenbeweis läßt nicht wieder gegen sich einen Gegenbeweis zu 3, ist nicht durch Eid zu führen 4. Gegenbeweis gegen gerichtliche Protocolle 36, 80 ff., gegen Notariatsinstrumente 25, 5a; Unzulässigkeit desselben gegen das Gutachten von Sachverständigen 44, 37. Prüfung des Gegenbeweises und Einfluß auf den Hauptbeweis 25, 3a ff. Formale Behandlung des Gegenbeweises 70, 30, insbes. Antritt desselben 40 f.
Gegenbeweisantretung s. Gegenbeweis.
Gegenklage s. Widerklage.
Gehör, gegenseitiges, 43, 48 ff.
Geisteskranke, deren Vertretung im Proceß 11, 20, 12, 3, 37; ihre Unfähigkeit zum Zeugniß 23, 1a; zur Eidesleistung 25, 16.
Geistliche, deren privilegirter Gerichtsstand, früher 32, 14 ff., im heutigen Recht 30, 37, 11. — Geistliche Sachen, deren Gerichtsstand, früher 32, 31 ff., im heutigen Recht 51 f.
Geistliche Gerichtsbarkeit s. Gerichtsbarkeit der Kirche.
Gemeine Bescheide des Reichskammergerichts 2, 5.
Gemeinschaft der Appellation 56, 59; der Beweismittel 25, 3a ff.
Gemischtes Endurtheil im Falle der pluris petitio 46, 32 ff.
Genereller Calumnieneid 30, 22 ff., 14, 30, 30, 36.
Gericht, Seite 414; dessen Personal 36 init.
Gerichtsbarkeit, Begriff 31. Niedere und höhere 33, 60, 98, 178 ff., 213. Criminal- und Civilgerichtsbarkeit 43, 1 ff. Freiwillige 4 ff. und streitige 10 ff. Jurisdictio im engern Sinne und imperium 10 ff. Jurisdictio personalis entweder ordinaria oder delegata 35, 1 ff., jurisdictio realis 45 ff. Jurisdictio officialis und mandata 56 ff. Ausübung der Gerichtsbarkeit im Allgemeinen 34, 1 ff. — Gerichtsbarkeit der Kirche 32: Verhältniß zu der des Staats 1 ff., 38, 31; ihr Character als Disciplin, Seite 332; ehemalige über Laien 32, 5 ff., über Cleriker 14 ff.; über res ecclesiasticae 31 ff. (Arten dieser letzteren 34 ff.) und causae mixti fori 45 ff.; heutiges Recht 51 f. — Weltliche G. 33, insbes. des fränkischen Königs 5 ff., der Grundherrn 135 ff. und der Immunitätsherrn im fränkischen Reiche 144 ff., des deutschen Kaisers 150, der Reichsunmittelbaren Seite 364 ff., der souveränen Glieder des deutschen Bundes, Seite 392 f., der Mediatisirten, Seite 392 f., 35, 46, der Gutsherrn,

Städte, Stifte, Klöster 33, 274 ff., 35, 45 ff., der Universitäten 37, 16 ff.
Gerichtsdiener 36, 97 ff., insbes. dessen Beeidigung 100, fides 101 ff. Wirksamkeit und Beweis der von demselben in einem fremden Gerichtssprengel vorgenommenen Insinuation 38, 22.
Gerichtsfähigkeit s. Legitima persona standi in judicio.
Gerichtsgebühren 30, 92 ff.; deren Stundung s. Armenrecht. Art ihrer Einziehung 67, 52, 57.
Gerichtskundigkeit 20, 39 ff.; Art ihrer Geltendmachung 46.
Gerichtsschreiber, Ursprung 36, 46 ff. Nothwendigkeit seiner Zuziehung 64 ff., Folgen des Mangels der Zuziehung 66a f. Pflichten des Gerichtsschreibers 69 ff. Anstellung und Beeidigung 72. Folgen nicht rechtzeitiger Beeidigung 74. Fides (s. auch Protocoll) 70 ff., insbes. für Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit 24, 66. Recusation des Gerichtsschreibers 36, 75.
Gerichtssporteln s. Gerichtsgebühren.
Gerichtsstand, Competenz, forum. Begriff 39, 2. Allgemeine Grundsätze 15 ff. Die Competenz bestimmt sich nach dem Verklagten 38, und nach der Zeit der L. C. 15 ff., ist vom Kläger in der Klagschrift zu begründen 70, 9 f., kann einredeweise angefochten werden 39, 21 ff. Folgen der Incompetenz 38, 21 ff., 39, 18 ff. Verhältniß zwischen Competenz und Gerichtszwang 1 ff. —
— Allgemeiner 40, 1 ff., 15 ff., 26 ff., 56, 58 ff.
— Befreiter s. privilegirter G.
— Gewillkürter, f. prorogatum 39, 26 ff. Wer prorogiren kann 29. Einfluß des Irrthums über die Competenz 31. Ob eine vorherige Uebereinkunft über die Prorogation bindend ist 30. Stillschweigende Prorogation 60, 106. Auf wen kann prorogirt werden 39, 26 f., 33 ff. Ablehnungsrecht des prorogirten Richters 37.
— Privilegirter, forum privilegiatum, s. Ausnahmsgerichte und mitleidswürdige Personen.
— Prorogirter s. Gewillkürter.
— der Abhängigkeit, forum connexitatis; dessen Anwendbarkeit auf das Verhältniß zwischen Petitorium und Possessorium 41, 63 f., auf den Adhäsionsproceß 65, die Principalintervention 66, die Feststellung und Beitreibung der Auslagen und Gebühren der Anwälte, so wie den Anspruch auf Herausgabe der Manualacten 67.
Gerichtsstand, des Arrestes, forum arresti, 41, 56 ff. Die Anlage des Arrestes macht auch für die Hauptsache competent 58 ff.
— der Einheit des Klaggrundes, s. g. forum continentiae causarum ex identitate fundamenti agendi personali vel reali 38, 12 ff., 41, 62.
— des Erfüllungsortes (forum solutionis) 41, 1 ff., nicht bloß des ausdrücklich verabredeten 5 ff., sondern auch des stillschweigend — und zwar ohne daß der Ort der Vertragsschließung maaßgebend ist 12 — verabredeten (forum contractus) 11 ff., und des sich aus den Verhältnissen einer fortlaufenden Geschäftsführung ergebenden (forum gestae administrationis) 19 ff. Dieser G. ist nicht ausschließlich 9 f., 28 f., nicht durch die Anwesenheit von Person oder Vermögen des Schuldners bedingt 81 ff., nicht anwendbar auf die rescindirenden Rechtsmittel 30, eben so wenig auf die actiones arbitrariae in Betreff des Ortes, an welchem das Klagobject restituirt werden darf 23 ff., während für die Klage des Fideicommissars und die gegen diesen gerichteten Klagen der Erbschaftsgläubiger etwas Besonderes gilt 26 f.
— der gelegenen Sache, f. rei sitae 36 ff. Seine Anwendbarkeit 41 ff., ob ausschließlich 46 f.
— des vollen Landsassiats 40, 26 ff., dessen Vorgänger im älteren deutschen Recht, das Hantgemal, 15 ff.
— mitleidswürdiger Personen 38, 3 ff.
— der provocatio ex lege Diffamari, 13, 37 f., der provocatio ex lege Si contendat 58.
— des begangenen Verbrechens, f. delicti commissi 41, 31 ff. Ob derselbe die Anwesenheit von Person oder Vermögen des Schuldners erfordert 84.
— des Vertrags, f. contractus s. G. des Erfüllungsorts.
— der geführten Verwaltung, f.

gestae administrationis s. G. des Erfüllungsortes.
Gerichtsstand, der Widerklage, f. reconventionis 68 ff.; Ursprung 69; Dauer der Geltung 70 f.; während des Rechtsmittelverfahrens über die Vorklage nur in der untern Instanz zuständig 71, wird auch durch eventuelle Einlassung begründet 73, erlischt jedoch in Folge der wegen mangelnder Competenz geschehenen Abweisung der Vorklage 74, gilt für und wider Litis Consorten 78, nicht für und wider accessorische Intervenienten 75, ist nach heutigem Recht nicht ausschließlich 80.
— des Wohnsitzes, nach röm. 40, 1 ff., nach heutigem R. 13, 38 ff. Freiwilliger Wohnsitz 38 ff., insbes. der des Pächters 40. Mehrfacher Wohnsitz 45. Nothwendiger Wohnsitz der juristischen Personen 46 f., auf Grund des öffentlichen Rechts 48 ff., auf Grund der Abhängigkeit für die Ehefrau, Kinder (forum originis des heutigen Rechts), Dienerschaft, Gesellen 53 ff. Aufhebung des Wohnsitzes 44. Gerichtsstand der Personen, die keinen Wohnsitz haben 58 ff., insbes. das forum originis des heutigen Rechts 56, 61.
— des Zusammenhangs s. G. der Einheit des Klaggrundes.
— der Zwangsbefugniß 41, 50 ff. ist ausschließlich 50, und ist anwendbar auf die Besitzregulirung (insbes. des interd. uti poss. und unde vi), die Einweisung in den Erbschaftsbesitz, die operis novi nuntiatio, die cautio damni infecti 51 ff.
Gerichtsstände, Concurrenz und Collision mehrerer G. s. Concurrenz und Collision.
Gerichtsverfassung in der fränkischen Monarchie 33, 5 ff., im deutschen Reiche 150 ff., seit Auflösung des Reichs Seite 392 ff., 37 init.
Gerichtszwang und Zwangsbefugniß der Gerichte 39, 2, 41, 50.
Geschäftsbücher, deren Beweiskraft 24, 10a ff.
Geschlechtscurator s. Curator.
Geschlechtsvormund 12, 6, 12, insbes. wie weit ein solcher im Fall der Statutencollision erforderlich 35.
Gesinde, dessen Gerichtsstand, 40, 57.
Gesta Seite 229.
Gestabter Eid 25, 22.
Geständniß, confessio, gerichtliches, ist in Betreff der der Privatdisposition entzogenen Rechte unverbindlich 14, 9, 19, 2, 6, erfordert Dispositionsfähigkeit des Confitenten 14, 10, 19, 6, ist nur durch Restitution anfechtbar 14, 12, 19, 4 f. Es ist entweder die Anerkennung des Klaganspruchs im Ganzen, confessio in jure, und schneidet dann den Streit ab 14, 6, wird jedoch durch declaratorisches Urtheil bestätigt 13 ff., wirkt wie ein Endurtheil 7 f., leidet nicht unter der Unmöglichkeit des Eingestandenen 11, setzt nach heutigem Recht keine specielle Vollmacht voraus 10, 18, 14, 14; — oder es ist die Anerkennung behaupteter Thatsachen, confessio in judicio 19, 1, und ist als solche zu den Proceßacten abzulegen 7, erfordert keine gegnerische Acceptation 8, kann nach R. R. durch Gegenbeweis 3, nach heutigem Recht nur durch Restitution angefochten werden 4 f., 53, 117 f., ist wegen eines Irrthums über das Object (ob auch wegen der Unmöglichkeit des Eingestandenen?) ungültig 19, 6, ist nicht ohne Weiteres in einem späteren Proceß beweisend 22, 15 ff.; s. g. qualificirtes Geständniß 19, 10 ff. — Das außergerichtliche Geständniß 22, welches auf Rechtsverhältnisse gehend ein Dispositionsact ist 1 ff., hat in Betreff wahrgenommener Thatsachen den Character eines Beweismittels 7 ff., mit bestimmten Erfordernissen der Gültigkeit 7, und der vollen Beweiskraft 14; unterliegt dem einfachen Gegenbeweise 8, muß, insbes. auch in Status- und Ehesachen 12, dem Bekennenden nachtheilige Thatsachen enthalten 9, ist untheilbar 10 f., erfordert den animus confitendi 13 ff.; wem gegenüber es abgegeben sein muß 15, 19, wen es bindet 12, 21; seine Form 22, insbesondere ob zum Beweise der Tilgung einer Schuld das bloße Zerstörtsein oder der bloße schuldnerische Besitz des Schuldscheins genügt 25; ob ein solches in den zu einem andern Proceß aufgestellten Behauptungen zu finden ist 18; Bedeutung des im Criminalproceß abgelegten Geständnisses für den Civilproceß 22, 17.

Gewerbsgeräthe als Executionsobjecte 50, 8.
Gewette als Gerichte über die Zunftgenossen 37, 15.
Gewillkürter Gerichtsstand, s. Gerichtsstand.
Gewissensvertretung, Begriff und Ausbildung 27, 34 ff. Folgen ihres Gelingens und ihres Mißlingens 44 ff. Sie steht dem Relaten nicht zu 49; gestattet keinen Gegenbeweis 41, ist nicht durch Eid zu führen 42. Ihr Verhältniß zum Gegenbeweise 43.
Gewohnheitsrecht 2, 8.
Glaubenseid, Begriff, Ausbildung, Geltung im heutigen Recht 25, 33 ff. Fassung und Verhältniß zum Ignoranzeide 50 ff. Insbesondere der Glaubenseid als nothwendiger Eid 26, 11, als zugeschobener Eid 27, 32 ff.
Glaubwürdigkeit der Zeugen s. Zeugen.
Graf und Grafengerichte, in der fränkischen Monarchie 33, 50 ff., im deutschen Reiche 226 ff.
Gravamen bei der Appellation 54, 53 ff., Seite 742.
Grundsatz des gegenseitigen Gehörs, Regel 43, 48 ff., Ausnahmen 52.
Gutachten der Sachverständigen s. Sachverständige. — Unverbindliche Gutachten Rechtsgelehrter darf in schwierigen Fällen der Richter auf seine Kosten einholen 44, 20, 20, 10; s. auch Spruchbehörden.
Güteversuch 45, 10 f.
Gutsherrn, Gerichtsbarkeit derselben 33, 214 ff., 35, Nr. 2.

Hägergerichte 37, 101.
Handacten s. Acten.
Handelsbücher, Beweis durch dieselben 24, 10a, 19 ff. Von welchen Momenten ihre Beweiskraft abhängt 21 ff. Welches Maß des Beweises sie erbringen 28 ff. Welche Personen außer eigentlichen Kaufleuten für ihre Bücher das gleiche Privilegium in Anspruch nehmen dürfen 29 ff., ob insbes. die Handwerker 29a.
Handelsgerichte 37, 68.
Handelsgesellschaft, offene, Gerichtsstand 40, 47. Handelsgesellschaften können unter ihrer Firma klagen und verklagt werden 12, 1b.
Hantgemal 40, 17 ff. (s. auch Gerichtsstand des vollen Landsassiats.)
Handvesten Seite 221.
Hauptbeweis 20, init.
Haupteid s. Eid.
Hauptgut 54, 50.
Hauptintervention s. Intervention.
Hausgeräthe sind der Pfändung entzogen 50, 8.
Hauskinder, können ausnahmsweise Proceßpartei gegen den Vater sein 5, 4, 12, 18, 26. Dieselben sind an sich zur Proceßführung fähig 12, 14 ff., jedoch bei irregulären Adventicien nur unter erzwingbarer Zustimmung des Vaters 21; werden wegen der ordentlichen Adventicien durch den Vater vertreten 11, 16 ff., 12, 23 (regelmäßig auch für actiones ex bono et aequo conceptae 11, 18, 12, 24), jedoch, wenn sie anwesend und volljährig sind, unter ihrer Zustimmung 11, 17. Minderjährige und wahnsinnige Hauskinder vertritt nach heutigem Rechte der Vater allgemein 20 f. Der filiusfamilias in Sachen des Vaters als Richter 36, 12, als Zeuge 23, 9.
Hereditatis petitio s. Erbschaftsklagen.
Herrschaftliche Gerichte, in der fränkischen Monarchie 33, 134 ff., deren Schicksale 272 ff.
Herzog als Richter, im fränkischen 33, 28, 66, im deutschen Reiche 173.
Hofgericht, des fränkischen Königs 33, 12 ff.; des deutschen Kaisers 150 ff., dessen Hofrichter 175 f. (s. auch Reichskammergericht, Reichshofrath). Kaiserliches Hofgericht zu Rotweil 240 ff. Hofgerichte der deutschen Landesherrn 248 ff.
Hofmarksgerechtigkeiten 37, 101.
Hofmarschallsgerichte 37, 15.
Hofpfalzgraf s. Pfalzgraf.
Honorar s. Advocaten, Procuratoren.
Hubgerichte 37, 101.
Hülfsvollstreckung s. Execution.
Hypothek, gerichtlicher Verkauf derselben nach heutigem Recht, 50, 85 ff.

Identität der Klagen s. Endurtheil.
Identitätsbeweis 25, 2, 70, 32.
Ignorantia justa et probabilis als Restitutionsgrund 53, 52.
Ignoranzeid 25, 50 ff.
Immunität, im fränkischen 33, 141 ff., im deutschen Reiche 226 ff.

Immunitätsherren, Gerichtsbarkeit derselben im fränkischen Reiche 33, 141 ff.
Imperium 43, 3, 10, 15 ff.
Imploratio officii judicis 47, 116 ff.
Impugnation 70, 43, 47, 50.
Incidentkosten 46, 72 ff.
Incidentpuncte, quaestiones incidentes, ihr Begriff und Unterschied von den quaestiones emergentes 64, 82; ob die Entscheidung derselben Rechtskraft hat 47, 94, 96 ff., 64, 82 f.; Ausscheidung der geistlichen Incidentpuncte aus dem Verfahren des weltlichen Richters nach C. R. 41, 62, 47, 94; für gewisse processualische Incidentpuncte reicht Bescheinigung aus 29, 19.
Incidentstreit 46, 72 ff.
Incompetenz 39, 18 ff.
Indicien 15, 13, 21, 5, 7.
Indirecter Gegenbeweis f. Gegenbeweis.
Induciae 68, 14 f., 49, 84.
Infitiationis poenae 30, 4 ff.
Inhäsivdecret 51, 11.
Inhibition der Attentate der Parteien 14, 44, 52, 33, des Unterrichters 24, 26 f., 31 f. (f. auch Appellation, einfache Beschwerde, Nichtigkeitsbeschwerde, Restitution).
Inhibitorialien 56, 12 ff., f. Inhibition.
Injuriensachen, deren Erwachsenheit 54, 84.
Innovatio f. Attentat.
Inrotulation der Acten 44, 61, 55, 53, 65, 14 ff.
Insinuation der Decrete f. Bekanntmachung der Decrete. — der Klage, Wirkungen, f. Litis Contestation. — Insinuations-Mandatar für Auswärtige 10, 4, für Litis Consorten 63, 112.
Inspectio ocularis f. Augenschein.
Instanz. Begriff 54, 2. Gegenseitiges Verhältniß der Instanzen 38, 1 ff. Nothwendigkeit eines Gerichts dritter Instanz Seite 393, 439, ohne daß jedoch ein Recht der Parteien auf drei Instanzen besteht 54, 25 f. Die den Mediatisirten bedingt zugesicherte Gerichtsbarkeit zweiter Instanz, Seite 393, 35, 48. — Absolution von der Instanz f. Abweisung der Klage. S. auch Erlöschen der Instanz.
Instrumenta 24, 4; — forensia 45; — publice confecta und publica 30, 43 ff.; — quasi publica 67; instrumentum referens, 94. S. auch Urkunden.
Interesse 54, 68, 80.
Interdictum quod legatorum, eventuelle Cumulation desselben mit der hereditatis petitio 63, 70 f.
Interlocutiones merae f. einfache Decrete. — vim definitivae habentes f. Beiurtheile.
Interposition der Appellation 55, 1 ff. Bei wem sie zu geschehen hat 6 ff. Frist für dieselbe 9 ff.; Restitution wider deren Ablauf 18. Bei welchem Gerichte diese Restitution nachzusuchen ist 53, 103. Unzulässigkeit einer f. g. blinden A. 55, 12 ff.
Interrogationes in jure 19, 4. Die interrogationes nach der Litis Contestation, als Vorläufer der Positionen 49, 106 f., zur Aufklärung ungenauer Behauptungen 43, 46.
Interrogatoria, Fragstücke, 23, 34 ff.; f. auch Zeugenbeweis.
Intervention. Terminologie 7, 13; Accessorische J. 7, 14 ff. Fälle, in denen sie vorkommt, 1 ff. Erforderniß eines bescheinigten Interesses 14. Rechte des Intervenienten 15 ff., insbes. im Fall verspäteter Intervention 24, in Betreff der Ableistung der Haupteide 26, 25, 82 ff. Verfahren 7, 25 (f. auch Litis Denunciation, Nennung des Autors). Keine f. g. gemischte Intervention 64, 22 ff., wohl aber unter Umständen eine Wahl zwischen accessorischer und Principal-Intervention 23 f. — Principal-Intervention 64, 1 ff. Behandlung derselben im R. R. 2 ff. Das heutige Recht 10 ff.; Zweck und Wesen der P. J. 12; Gerichtsstand 41, 66, 64, 20 f.; Unterschied zwischen der Anzeige der P. J. und der P. J. selbst, insbes. in welcher Instanz beide anzubringen, 19. Stellung des Principal-Intervenienten zum Hauptverfahren 13 ff. Ob die P. J. das Hauptverfahren oder nur die Execution sistirt 17. Hemmung der Execution 13 f. und Beseitigung der Hemmung durch Sicherstellung des Principal-Intervenienten 15. P. J. wegen gepfändeter Sachen 50, 22 ff., 64, 7 ff.
Introduction 56, 1 ff. Als Act der

Begründung des Devolutiveffectes nach R. R. 17 ff., nach canon. Recht 23 ff., nach der Reichsgesetzgebung bis zum J. R. A. 36 ff., nach dem rein schriftlichen Verfahren der Territorialgerichte 41 ff. Frist für dieselbe 56, 23 ff., 29 ff., 36 ff.
Introductionsschrift 56, 42 ff.
Inventar s. Manifestationseid.
Invitus agere nemo cogatur 13, 4.
Irrthum als Restitutionsgrund 53, 46 ff.
Juden, dürfen am Sabbath und an den jüdischen Festtagen nicht vor Gericht gezogen werden 66, 34; deren Zeugniß 23, 23; Eid 25, 12.
Judex curiae 37, 91. — ne eat ultra petita partium 43, 33 ff.; — ne procedat ex officio 28 ff.
Judicia duplicia. Parteirollen 5, 6 f., Besonderheit der Litis Contestation 14, 37, und des Urtheils 46, 51, Collision der Gerichtsstände 42, 6, 10 ff. — divisoria s. Theilungsklagen.
Juramentum (s. auch Eid) affectionis 28, 6. — appellatorium 30, 31, 34, 54, 45. — assertorium 25, 32. — calumniae s. Calumnieneid. — credulitatis s. Glaubenseid. — dandorum et respondendorum 30, 46. — de veritate dicenda 26, 13, 30, 25, 30. — diffessionis 24, 84. — editionis 24, 108. — expensarum 26, 15. — ignorantiae 25, 50 ff. — in litem s. Würderungseid. — malitiae 30, 45. — manifestationis 28, 14 ff. — minorationis s. minutionis 25, 91. — necessarium im R. R. 25, 92 ff., im Uebrigen s. nothwendiger Eid. — novorum 56, 79. — perhorrescentiae 36, 20. — purgatorium 26, 4, 7. — quantitatis 26, 12 ff. — quartae dilationis 30, 46. — revisorium 30, 32, 59, 26. — suppletorium 26, 7. 9. — veritatis 25, 33, 28, 6. — voluntarium im R. R. 25, 92, im Uebrigen s. Eideszuschiebung. — Zenonianum 28, 13.
Jurata specificatio 28, 22 f., 31.
Jurisdictio s. Gerichtsbarkeit.
Juristenfacultäten als Spruchbehörden 44, 39 ff.
Juristische Personen, deren Gerichtsstand 40, 46 f.; deren Vertretung im Proceß 11, 9 ff., bei der Eidesleistung 25, 62a ff.
Jus domum revocandi 39, 23.
Jus in thesi clarum 52, 5 ff., — in hypothesi ib.; — eximendi 44, 60. — delegandi s. delegirte Gerichtsbarkeit.
Jusjurandum s. juramentum.
Justa causa restitutionis 53, 18 ff.
Justification der Appellation 56, 31, 37.
Justitiar 35, 50, 51 ff., 36, 12.
Justizhoheit s. Oberaufsicht, Gerichtsbarkeit.
Justizsachen im Unterschiede von Verwaltungssachen 1, 5, 39, 4.
Justizverweigerung der Landesherrn fällt unter die Competenz (früher des R. K. G. 33, 206) der Bundesversammlung, S. 393, 34, 19, 39, 11, jetzt des Bundesrathes Seite 401. — Justizverweigerung und Justizverzögerung der Gerichte sind schon im R. R. mit Strafen bedroht 38, 18; unterliegen dem landesherrlichen Oberaufsichtsrecht 34, 20 f., so wie der obergerichtlichen Disciplinargewalt 38, 10, 61, 9 ff., und berechtigen das zuständige Obergericht zur Avocation der Sache 38, 10, 61, 8, 10. Querela protractae vel denegatae justitiae s. einfache Beschwerde.

Kaiser, Gerichtsstand des deutschen K. 33, 174. Dessen Gerichtsbarkeit s. Gerichtsbarkeit.
Kameralschriftsteller 3, 20.
Kammerboten 67, 51 ff.
Kammergericht (s. auch Reichskammergericht) 33, 184 ff., 157 f., in den Territorien 248 ff.
Kammergerichts-Visitations-Abschiede und Memorialien 2, 5.
Kammerrichter 33, 184 ff., 195, 198.
Kinder, deren Gerichtsstand 40, 56, 61. S. auch Hauskinder.
Kirche, deren Gerichtsbarkeit, 32, 38, 31; s. auch Gerichtsbarkeit.
Kirchenbücher, Beweiskraft derselben, 24, 30 c.
Klagänderung. Von welchem Zeitpunct an die Aenderung der Klagbitte unzuläßig ist 14, 91, 70, 57 ff.; Modificationen und Ausnahmen 59 f., 62. Aenderung 65 ff., und Vervollständigung der Klagthatsachen, Seite 945 f. Nachbringen von formellen Klagerforderniſſen Seite 545.

Klagbitte 14, 1 ff.; 70, 1 ff., 5.
Klage s. actio, Klaglibell, Fallenlassen der Klage.
Klagenconcurrenz s. Concurrenz.
Klagencumulation ,63. Allgemeine Voraussetzungen: gleiche Competenz 1 f.; gleiche Proceßart 4; ob die Zulassung lediglich eine Frage der Zweckmäßigkeit ist 5; Recht des Klägers auf dieselbe im Fall der materiellen Connexität 8 ff.; unstatthaft ist die Cumulation widersprechender Klagen 6 f.; Erforderniß der Anstellung der mehreren Klagen in einem Act 63, 97. Wirkungen: betreffs der auf die cumulirten Klagen bezüglichen Partei- und richterlichen Handlungen 99 ff., bezüglich der Appellationssummen 54, 61 ff.; die materielle Behandlung der einzelnen Klagen ist selbständig 63, 103 ff., und durch die Cumulation nur die gleiche Beurtheilung der connexen Puncte gesichert 105. — Arten 10. Objective Klagencumulation 63, 57 ff. Das Recht auf ihre Zulassung ist durch Connexität bedingt 59 ff. außer bei Theilungsklagen 60 f. Inwiefern mehrere Rechnungsposten als connex anzusehen sind 64. Wieweit der Richter auch ohne Connexität die Cumulation zulassen darf 65 f. Unstatthaftigkeit der alternativen 67 ff., Statthaftigkeit der eventuellen Cumulation Seite 841 f., insbes. der hereditatis petitio mit dem interdictum quod legatorum 63, 70 f., sowie der rei vindicatio mit der Publiciana in rem actio 72 f. Subjective Klagencumulation, Litis Consortium, 11, ff., 24 f. Begriff 12. Erforderniß 13 ff., 26 ff. und Bestimmung der Connexität 14 f. Die subj. Kl. C. geht von klägerischer Seite aus 31; die exc. plurium litis consortium ist nur ausnahmsweise zulässig 32 ff., für Mitvormünder 35 und Mitbürgen 36, nicht aber wegen Untheilbarkeit des der Klage zu Grunde liegenden Rechts 39 ff., während der Klage des allein auftretenden, und das Wahlrecht des Erblassers für seinen Theil ausübenden Erben die exc. pluris petitionis entgegensteht 53 ff. Inwieweit correi credendi gemeinsam klagen 36, ob correi debendi gemeinsam in solidum verklagt werden können 36. In welchem Verhältniß die Streitgenossen zu einander stehen 106 ff. Sind die Streitgenossen zur Bestellung eines gemeinsamen Proceßprocurators anzuhalten 110 f., insbesondere wenn sie im Laufe des Processes an die Stelle einer verstorbenen Partei getreten sind 31, 10, 2. Pflicht zur Bestellung eines gemeinsamen Insinuationsmandatars 63, 112. Präsumtion eines gegenseitigen Proceßmandats 113, 9, 37. Ob Eidesleistungen durch alle Streitgenossen oder nur durch einen von ihnen zu geschehen haben 63, 114. Die Streitgenossen sind einzeln zu verurtheilen 115, und haften für die Kosten nicht in solidum 104 a, 46, 69 b. Die von einem durchgesetzte Appellation (nicht auch Restitution) kommt unter Umständen allen zu Gute 63, 116, 54, 10 ff. —
Klagenverjährung, Unterbrechung derselben Seite 134.
Kläger und Verklagter, Verschiedenheit ihrer Stellung 5, 1 ff.
Klaggrund, Klagthatsachen 16. Causa agendi (s. diese) proxima und remota 1. Passiver 2 ff., activer Klaggrund 2, 12 ff., insbes. Concurrenz mehrerer Entstehungsgründe bei dinglichen Klagen und mehrerer auf dasselbe Object gerichteten Obligationen bei persönlichen Klagen 12 ff., 63, 68. Frühere Theorie über die legitimatio ad causam activa und passiva 18 f.
Klaglibell. Schriftliche Abfassung und Uebergabe an das Gericht 14, 3, 67, 15, 18, 70, 1. Edition des Klaglibells an den Verklagten 68, 10, 70, 2. Mündliche Wiederholung 14, 35, 70, 1 ff. Nothwendiger Inhalt: Klagbitte 14, 1 ff., 70, 1 ff., deren Specialisirung 14, 2 ff., 70, 5 f., in Betreff des Objects 14, 4, 70, 5 (incerta pars 14, 4) ersetzt durch den Calumnieneid 14, 4, 28, 12, vorbehalten für das Liquidationsverfahren 46, 27 ff.; Legitimation 70, 8, Nachweisung der Competenz 9 f.; factische Begründung der Klagbitte Seite 970 ff. S. auch Klaggrund, Specialität. Wann eine Klage rechtlich S. 115, wann factisch begründet ist 16, 1. Verfügung auf eine an materiellen oder formellen Mängeln leidende Klage 14, 92 ff.,

45, 2 ff., auf eine fehlerfreie Klage im mündlichen 68, 5, im schriftlichen Verfahren 73.
Klagmittheilung 68, 10, 74, 70, 2.
Klöster, Gerichtsbarkeit derselben 33, 274.
Kosten 46, 52 ff.; s. auch Proceßkosten.
Kriegsbefestigung Seite 117.
Kriegsgerichte 37, 29 ff. Ursprung und Geschichte 29 ff. Gerichtsherr 45, 52. Beisitzer 47, 54. Auditeur 53, 56. General-Auditorat 57 ff. Competenz 63 ff. Kriegsartikel 44, 49.
Kunstverständige 44, 10 ff. s. Sachverständige.

Ladungen, mündliche u. schriftliche 67, 42 f.; monitorische und arctatorische 45, 12, 49, 1a; dilatorische und peremtorische 49, 6a, wann jene, wann diese zu erlassen sind 72, 7 ff. Inhalt der Ladungen 68, 8 ff. Ladung auf Grund der Klage 5 ff., im weitern Laufe des Verfahrens, Seite 922, ad totam causam, 68, 20. Verhältniß der Ladungen zu den Dilationen 21. Entkräftung der Ladung durch Tod des Geladenen und s. g. Ehehaften 49, 117 ff., 68, 29 f., 33, durch Circumduction des Termins 49, 19.
Laesio, Voraussetzung der Restitution 53, 4 ff.
Landesherr, Gerichtsstand desselben 37, 13, 39, 3 ff., eines auswärtigen Landesherrn 14, 40, 37.
Landgerichte, kaiserliche, 33, 239 ff.
Landsassiat 40, 26 ff.
Laudatio auctoris s. Nennung des Auctors.
Legis actiones, durften, mit Ausnahme der l. a. per pignoris capionem 66, 21, nur an dies fasti vorgenommen werden 19 ff. S. auch Litis Contestation.
Legitima persona standi in judicio, Herleitung des Ausdrucks 12, 33; im Uebrigen s. Fähigkeit (der Parteien zur Führung eines eigenen Processes).
Legitimation zum Proceß 9, 30 ff.; mit welcher Proceßhandlung sie beizubringen ist 70, 8, 15; exc. deficientis leg. ad proc. Seite 544. — Legitimation zur Sache s. Klaggrund.
Lehngerichte. Ursprung 33, 248 ff., 37, 69 ff. Grundlage 89. Besetzung 90 ff. Competenz 79 ff. Instanzenzug 98. Verschwinden 99 f.
Leugnen, doloses Seite 310; s. Responsionen.
Leuterung 59, 43 ff. Ursprung 45 f. Oberleuterung 44.
Lex commissoria, Beweislast bei derselben 16, 5.
Libellus gravaminum 56, 46 ff.
Licitation 50, 32 ff.
Liquidationsverfahren, nach der confessio in jure 14, 16; nach dem Endurtheil 46, 25 ff. Wann der Kläger die Specialisirung des Klaganspruchs für ein Liquidationsverfahren vorbehalten darf 27 ff.
Liquider Beweis 21, 11 ff., 29, 34, 36, s. auch Beweis.
Lis infitiando crescit in duplum 30, 5.
Litigiöse Sachen und Klagen, sind unveräußerlich 6, 14 ff., 14, 77 ff.; wie die Unveräußerlichkeit realisirt wird 38 ff., mit welchem Zeitpunct sie eintritt 86.
Litis aestimatio, nach R. R. 46, 18, 23, nach heutigem R. 26; Vorbehalt der Liquidation 27 ff.
Litis Consortium s. Klagencumulation.
LitisContestation. Begriff, Seite 117, 14, 36. Form im Verfahren per legis actiones 17, 21, im Formularproceß 18 ff., in der extraordinaria causae cognitio 27 f., im späteren röm. 29 f., im can. 31, und im neueren Recht 32 f. Nichtexistenz einer s. g. affirmativen L. C. 34. Wirkungen: Consumtion der Klage (nicht des der Klage zu Grunde liegenden Rechts) 46 ff., nach röm. und nach heutigem Recht; exc. rei in judicium deductae oder litis pendentis 49 ff. Begründung eines neuen 57 ff. (vererblichen 62, und der früheren Verjährung nicht unterworfenen 63, 85) Anspruchs, aber keine eigentliche Novation 82 ff. Die L. C. ist maaßgebend für die Frage nach Existenz und Umfang des streitigen Rechts 66 ff. (doch mit Ausnahmen 68 ff.), sowie regelmäßig für die Schätzung 77, und verpflichtet zur Leistung von gezogenen Früchten und Accessionen 74 f., nicht aber von Zinsen 76, Preisdifferenzen 77, versäumten Früchten und

sonstigem Schadensersatz 78 (besondere Haftpflicht aus dinglichen Klagen 80). Unveräußerlichkeit der litigiösen Sachen und Klagen 38 ff., 86; Verbot der attentata 41 ff., 89. Unzulässigkeit der Aenderung oder des Fallenlassens der Klage s. Klagänderung, Fallenlassen der Klage. Zeitpunct des Eintritts dieser Wirkungen nach heutigem Recht 89 ff. Verschieden von der L. C. ist die Beantwortung der Klagthatsachen Seite 122 (s auch Responsionen).
Litis Crescenz 30, 5 ff., 60, 10.
Litis Denunciation 7, 27 ff. In welchen Fällen die L. D. vorgenommen werden darf, und muß 27, 32 ff. Form der L. D. 35 ff. Ob der Denunciat gezwungen ist, am Rechtsstreite theilzunehmen, 31, 37. Art seiner Theilnahme 28, 38.
Litis dominium 9, 4, 22; 25 ff., 38.
Litispendenz und deren Eintritt 14, 50; deren Verjährung s. Proceßverjährung.
Litis reassumtio 6, 3 ff. 8 ff.
Literae inhibitoriales 56, 12 ff., 52, 24 ff.; compulsoriales 56, 16.
Literati, ihr Gerichtsstand, 37, 9.
Literatur des gem. deutschen C. Pr. 3. Italiener S. 9 ff. Deutsche 3, 15 ff.
Lohn als Executionsobject 50, 11 f.

Mandata de administranda justitia 34, 20, 61, 12 ff.
Mandirte Gerichtsbarkeit 35, 56 f.
Manifestationseid 28, 14 ff. Ursprung 14 ff. und Natur 31 ff. Fälle der Anwendung 24 ff. Folgen der Verweigerung 35, und Ableistung 37 ff. Ob derselbe Gegenstand einer besonderen Klage ist 30. Manifestationseid in der Executionsinstanz wegen Verdachts der Verheimlichung pfändbarer Objecte 25, 50, 19a ff.
Mannitio 13, 33, 68, 7.
Manualacten 8, 19, 62; 41, 67; 63, 117 ff.
Manumissio 43, 5.
Marschall als Richter in den landesherrlichen Hofgerichten 33, 252.
Massecurator als Singularsuccessor in Processe des Cridars 6, 8.
Mediatisirte, deren Gerichtsstand 37, 12. Deren Gerichtsbarkeit, Seite 392 f. 412.
Meierdinge und ähnliche Gerichte 37, 101 ff., ihr Verschwinden im heutigen Recht 106.
Meineidige, als Zeugen 23, 28 ff., als eidespflichtige Parteien 25, 19 ff.
Meineidsverwarnung 25, 20.
Mennoniten, deren Handschlag an Eidesstatt 25, 14.
Menschenkundigkeit s. Notorietät.
Militärgerichte s. Kriegsgerichte.
Minderjährige, deren Vertretung im Proceß s. Curatoren.
Minderjährigkeit als Restitutionsgrund 53, 19 ff.
Missi comitis 33, 69 ff., dominici 36 ff.
Missio in bona custodiae causa 49, 28, venditionis causa 31, s. auch Ungehorsam.
Mitglieder der regierenden deutschen Häuser, deren Gerichtsstand, 37, 12.
Mitleidswürdige Personen, deren privilegirter Gerichtsstand 38, 3 ff. Heutige Geltung desselben 4 ff.
Mittheilung der Klage s. Klagmittheilung.
Mixtum imperium 43, 16.
Moderationsrecht s. Würderungseid.
Monitorische Decrete s. dieses Wort.
Monokratische Gerichtsverfassung 36, 1 ff.
Monumenta 24, 3 ff.
Moratorium 48, 118.
Mündlichkeit des Verfahrens, Verhältniß zur Schriftlichkeit 67, 3, Seite 898 f. Rein mündliches Verfahren 4 ff. Mündliches Verfahren mit schriftlichen Recessen 9 ff.
Mutatio libelli s. Klagänderung.
Muthwilliges Streiten 30, 5 ff.
Mutua petitio s. Widerklage.

Nachlässigkeit des Anwalts als Restitutionsgrund 53, 23 ff.
Nachträge zu den Parteihandlungen, in welchen Fällen und wie lange sie zulässig sind, Seite 627; — zur Klage s. Klagänderung.
Naturalcomputation 68, 86.
Naturalobligation, deren Zurückbleiben nach der Litis Contestation 14, 50, nach ungerechter Freisprechung 47, 7 f.
Nebengesuch 14, 3.
Nebenintervention s. Intervention.
Nebenleistung 46, 18.

Ne eat judex ultra petita partium 43, 33 ff.
Negative Einlassung s. Litiscontestation.
Negative Einreden, Beweislast 17, 22 ff.
Nennung des Auctors, laudatio s. nominatio auctoris. Ihre Natur und Bedeutung 7, 39 ff. Ob vor der Ladung des Auctors der Kläger zu hören ist 42. Der Detentor bleibt Proceßsubject 43. Ob gegen den ungehorsam ausbleibenden Auctor noch nach heutigem Recht die translatio possessionis eintritt 44. Bei welchen Klagen die Nennung des Auctors anwendbar ist 7, 45 ff.
Ne procedat judex ex officio 43, 28 f.
Neuerungen s. Attentate.
Nichtigkeit des Verfahrens 52, 10 ff., 60, 1, 48, 77, 93 ff., S. 812, bedarf vor ergangenem Urtheil keines Rechtsmittels 60 1. — des Urtheils: Bezeichnung 52, 2; notorische 4, 60, 6, 59, 76, 124, 38, 43; Unterscheidung von heilbaren (sanabiles) und unheilbaren (insanabiles) N. 60, 64 f., 88 ff., 94 ff., zuerst aufgestellt von den Italienern 65 ff., mit Anlehnung an das C. R. 64, dann aufgenommen in die Reichsgesetze 77 f. und insbes. in den J. R. A. 82 ff.; die heilbare N. ist unabhängig von der Möglichkeit des Verzichts 67, sie tritt ein wegen Mängel in den positiven Formen der Publication 30, 67, oder des Verfahrens 77, 93 ff., insbes. wenn der mit der cl. heredum bestellte Procurator das Urtheil auf den Namen des verstorbenen dominus hat stellen lassen 6, 6a; die unheilbare Nichtigkeit tritt ein aus der Person des Richters 52, 8, 60, 91, 103, wegen Unfähigkeit 36, 11 ff. (vgl. mit 10a), 40, wegen Incompetenz 38, 22, 43, 39, 18 ff., S. 798, aus der Person der Parteien wegen Mangels der legitima persona standi in judicio 12, 36, wegen Mangels der Legitimation 9, 27, 16, 19, S. 798, wegen des Todes der verurtheilten Partei 6, 1, ex substantialibus processus 60, 92 ff., S. 798, insbes. mit Rücksicht auf den Inhalt des Urtheils wegen Verstoßes contra jus in thesi clarum 97, 52, 3 f., wegen Actenwidrigkeit 5, wegen Widerspruchs mit einem früheren Urtheil 51, 2, 60, 98, wegen seiner Richtung auf Unmögliches, Widersprechendes, Unbestimmtes 99 ff. — Beweis der N. 52, 13, 60, 3. ff. — Geltendmachung derselben geschieht entweder incidenter oder principaliter 7, ff., 33 f., 41, 74; incidenter in der Form der Einrede 7, der Replik 8, oder der Appellationsbeschwerde 9, 41, 58 f., 74, 86, jedoch einredeweise und mittelst der Replik nach heutigem Recht nicht mehr, wenn sie heilbar ist 87, principaliter in Form eines selbständigen Rechtsmittels, s. Nichtigkeitsbeschwerde.
Nichtigkeitsbeschwerde, querela nullitatis (s. auch Nichtigkeit) 60. Ihre Stellung im System der Rechtsmittel 52, 2 ff. Ihre Wurzeln in der revocatio in duplum des vorjust. Rechts 60, 11 ff. und in einem ähnlichen Rechtsmittel des just. Rechts 16 ff.; ihre weitere Ausbildung durch das can. Recht und die italienischen Juristen 32 ff.; practische Verwerthung des Gegensatzes von heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten in den früheren Reichsgesetzen 77 f., und insbes. im J. R. A. 79 ff., 82 ff. (abweichende Ansichten 86). Die Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeit wird seitdem allein noch so behandelt, wie früher die N. B. schlechthin Seite 802, 60, 114, namentlich in Betreff ihrer Natur als imploratio officii judicis 33 f., 116, der Verjährung 52, 18, 60, 35 f., 79, 116 (particularrechtliche Abweichungen 80 vgl. mit 66), des Mangels des Suspensiveffects 52, 35, 60, 37 ff., 119, der jedoch durch richterliche Verfügung ersetzt werden darf, 52, 35, 60, 120, der concurrirenden Competenz des Unterrichters und des Oberrichters 52, 36, 60, 41 ff., 69, 85, 121 f., der Appellationssumme 71 f., 111, 117, und der Unabhängigkeit von den sonstigen äußeren Beschränkungen der Appellation 118, ferner in Betreff der Zulässigkeit, der relativen Nothwendigkeit und der Folgen ihrer Verbindung mit der Appellation 51 ff., 73 ff., 112, ihres Zwecks 45 ff., 76 f., 109, 123, der Anführung der Nichtigkeitsgründe 70, 110, 124, und des Beweises der nicht notorischen 124,

der Zulässigkeit von nova 125, des Verfahrens 126 und seiner Beschleunigung 113, der Kosten 127 f., endlich rücksichtlich ihrer Ausschließung durch res judicata 59, und ihrer Erfolglosigkeit im Fall mangelnder oder beseitigter Beschwerung 53 ff., 105 ff.

Nominatio auctoris s. Nennung des Auctors.

Normirung der Beweislast s. Beweislast.

Notare und Beweiskraft ihrer Urkunden 24, 52 ff. Was zum Gegenbeweise gegen Notariatsinstrumente gehört 25, 5a. Notare als Gerichtsschreiber 36, 59, 68.

Nothfristen (Fatalien) 68, 83 ff.; 6, 5; 68, 86, s. auch Fristen.

Nothwendiger Eid (s. auch Eid, Glaubenseid) 26. Begriff und Ausbildung 1 ff. Welcher Partei er aufzulegen 4 ff. Ueber geschuldete Quantitäten 12 ff. Untauglichkeit zur Vervollständigung des Gegenbeweises 20, 4. Restitution wider denselben wegen neu aufgefundener Beweismittel 26, 18. Verfahren 17, 70, 52.

Notorietät. Ausbildung des Begriffs im can. 20, 14 ff., 28 ff. und germanischen Recht 25 ff. Begriff und Arten der Notorietät 36 ff. Practische Bedeutung derselben 12, 44 ff., 21, 1. Notorische Nichtigkeit s. Nichtigkeit.

Nova s. beneficium novorum.

Novation 14, 64 ff.; 47, 3 ff. s. auch Litiscontestation und Endurtheil.

Noveneid 56, 79.

Oberappellation 57 init.

Oberappellationsgerichte, Seite 393, 439, 461. Disciplinargewalt derselben über die unteren Gerichte, Seite 465 f.

Oberaufsicht, landesherrliche, über die Rechtspflege 34, 20, insbes. über die städtischen und Patrimonialgerichte 35, 48, 54. — der oberen Gerichte über die unteren 38, 17.

Obergerichte, als Gerichte erster Instanz 37, 4 ff., S. 453, 38, 2 ff., und als solche den Untergerichten zur Hülfe Rechtens verpflichtet 16, als Rechtsmittelinstanzen Seite 439, 465, 660, 56, 1 ff., als Träger einer Disciplinargewalt über die unteren 38, 17 ff., 61, 3 (s. auch einfache Beschwerde).

Oberleuterung 59, 44.

Obligatio judicati 47, 103 ff; — non faciendi, Beweislast bei derselben 16, 7.

Obstagium als Executionsmittel S. 645.

Ocularinspection s. Augenschein.

Offenbarungseid s. Manifestationseid.

Oeffentliche Insinuation 67, 78 ff.

Oeffentlicher Glaube 24, 30 ff., 43, 36, 58, 73.

Officialgerichtsbarkeit s. Gerichtsbarkeit.

Onus probandi 15, 1 ff., 19 ff.

Ordinationen des oberen an das untere Gericht, im Allgemeinen 56, 104; insbes. aus Veranlassung der Appellation 104, 107, 109, Seite 765, der Extrajudicialappellation 58, 26, der Nichtigkeitsbeschwerde 61, 13, 17.

Ordnungsfristen 68, 75.

Origo als Competenzgrund 40, 1, 56, 61.

Ort des gerichtlichen Verfahrens 66, 1 ff. Die Rechtsprechung de plano und pro tribunali im R. R. 2 ff. Wirkung der vom Richter außerhalb seines Sprengels vorgenommenen Handlungen 11 f., 38, 21 ff.

Pächter, deren allgemeiner Gerichtsstand 40, 40.

Pactum de quota litis 8, 44 ff.; — remuneratorium 43.

Palmarium 8, 44 ff.

Parteien. Gegenseitiges Verhältniß 5, 1 ff.; sie können selbst nicht mittelbar in einer Person vereinigt werden 2 ff.; ihre Stellung in den judicia duplicia 6, 8 ff.

Parteirollen 5, 1 ff.

Passivlegitimation 16, 2 ff., 18 f.

Patrimonialgerichtsbarkeit 33, 275 ff., 35. 45 ff., insbes. die dem ehemaligen Reichsadel garantirte, Seite 393. Verpflichtung zur Bestellung eines Justitiars 35, 50. Rechte und Pflichten des Justitiars 51 ff. Haftungspflicht des Gerichtsherrn 54. Welche Rechte sich der Gerichtsherr zu eigener Ausübung reserviren kann 55. Ob der Justitiar in Sachen des Gerichtsherrn Richter sein darf 36, 12.

Peremtorische Einreden, Ladungen s. Einreden, Ladungen.
Perhorrescenzeid 36, 20.
Periculum, Vorlesung des Urtheils aus demselben 52, 7, 67, 29.
Perpetuirung der Competenz 39, 15 f., 58; 14, 63.
Personae miserabiles s. mitleidswürdige Personen.
Personalhaft in der Executionsinstanz s. Execution 50, 46 ff.
Petitorium s. Besitzstreitigkeiten.
Pfalzgraf, im fränkischen 33, 30 ff., im deutschen Reiche 171 ff. Befugniß der Hofpfalzgrafen zur Creirung von Notaren 24, 65.
Pfändung (pignoris capio) 50, 3 ff.
Pluris petitio, deren Behandlung 46, 32 ff., insbes. in Betreff der Kosten 70 f. Verzicht auf das Zuvielgeforderte 70, 60.
Poena agniti, juramenti recusati, praeclusi, recogniti 49, 98 ff., — confessi 107 ff.
Poenae temere litigantium s. Proceßstrafen.
Positiones s. Artikel.
Possessorium s. Besitzstreitigkeiten; p. summarium 30, 80 ff.
Postulare 8, 29a,
Präclusion 49, 97 ff.
Präjudicialdecret 64, 64.
Präjudicialklage Seite 553.
Präjudicialpuncte, quaestiones praejudiciales. Ob deren Entscheidung Rechtskraft erzeugt 47, 91 ff. Die vom can. Recht angeordnete vorgängige Erörterung 64, 77 f., 47, 94 ist durch das Eventualprincip beseitigt 64, 80.
Präjudicialtermin 68, 43 ff., 58 ff.
Präjudicielle Sachen 64, 40 ff. Bedeutung von praejudicium 41 f., 47, 94 f. Regel für die Ordnung der im präjudiciellen Verhältniß stehenden Sachen 64, 43. Begriff von major causa 44 ff., insbes. nach just. und heutigem Recht 51 ff. Doppelte Art der Geltendmachung des Vorrangs der major causa im älteren röm. Proceß 62 ff. Die s. g. exceptio praejudicii des just. und heutigen Rechts 63a, 64a f., setzt voraus, daß die bedingende Klage entstanden sei 66, und zwar in der Person des Klägers, oder unter Umständen in der des Verklagten 68 f., nicht aber, daß sie sich gerade gegen den Proceßgegner richte 69 ff.
Präjudicien des R. K. G. 2, 5, Präjudicien höherer Gerichte binden den Richter nicht 20, 10.
Praemium victoriae 8, 44.
Präparatorische Puncte, praeparatoria judicii, werden heut zu Tage, von den foribeclinatorischen Einreden abgesehen, in Verbindung mit der Hauptsache erörtert 64, 81; vor dem J. R. A. wird als praeparatoria judicii das Verfahren bis zur Litis Contestation bezeichnet 70, 16.
Präparatorisches Verhältniß zweier Klagen bewirkt im Fall ihrer Verbindung zu einem Verfahren die Suspension der Hauptsache bis zur Entscheidung der präparatorischen Sache 64, 26, 39. Verbindung von Possessorium und Petitorium s. Besitzstreitigkeiten.
Praescriptio pro actore 14, 24.
Präsentation der schriftlichen Eingaben, deren Registrirung, Seite 878 f. 65, 11
Präsentationsrecht der Stände zu den höheren Richterstellen 34, 6.
Präsumtionen. Pr. facti s. hominis 15, 13, 21, 5, 7; juris 15, 13, 20, 32. Die aus behaupteten Thatsachen sich ergebende nachtheilige Präsumtion (juris) muß sogleich durch die Behauptung der die Präsumtion elidirenden Thatsachen entkräftet werden 15, 15 ff. Einreden zur Widerlegung von Präsumtionen 17, 11 ff. Beweislast bei denselben 13 ff.
Präsumtion des Proceßmandats 9, 37 f., insbes. in Anwendung auf Streitgenossen 9, 37, 63, 113.
Prävarication 8, 22.
Prävention bei Collision der Gerichtsstände 42, 10.
Principal-Adhäsion s. Adhäsion.
Principalbeweis s. Cumulation der Beweismittel.
Principalintervention s. Intervention.
Princip der Reihenfolge, im Allgemeinen 69, 1, im ersten Verfahren 70, 1 ff., im Beweisverfahren 29 ff. Ausnahmen s. Anticipation, proceßhindernde Einreden.
Princip des gegenseitigen Ge-

hörs, Regel 43, 48 ff., Ausnahmen 52.
Privationsklage, Beweislast bei derselben 16, 6.
Privathaft 50, 59.
Privaturkunden 22, 24, 8a ff.; s. auch Urkundenbeweis.
Privilegirte Einreden s. Einreden; — Gerichtsstände s. Ausnahmsgerichte, Mitleidswürdige Personen.
Privilegium de non appellando 33, 159 ff., Seite 387, ff., 59, 41, Seite 393, unwirksam im Fall verweigerter oder verzögerter Justiz 38, 10, 33, 206, 34, 11, 61, 3. — de non evocando 33, 154, 159, insbes. gegenüber dem privilegirten Gerichtsstand mitleidswürdiger Personen 38, 4, unwirksam im Fall verweigerter oder verzögerter Justiz 38, 10.
Probatio in continenti 21, 14, 47, 124, 73, 8; in perpetuam rei memoriam 24, 32 ff., insbes. beim Augenschein 44, 8b; per aequipollens 25, 3; pro evitando perjurio 27, 49; pro exoneranda conscientia 27, 34. Im Uebrigen s. Beweis.
Probstinge Seite 459.
Proceß, judicium, Begriff 1, 5 f., 62 in., Grundlage und deren Einfluß 5, 62, 1, Einheit 3. S. auch Aufhebung des Pr., Reassumtion des Pr., Succession in einem anhängigen Pr., translatio judicii.
Proceßabschnitte s. Princip der Reihenfolge.
Proceßcautionen s. Cautionen.
Proceßdirection s. Proceßleitung.
Proceßeinreden 14, 95 ff.
Proceßgesetze. Inwieweit der Richter gewillkürte oder ausländische Normen anzuwenden hat 43, 20 ff.; Unterscheidung der dem eigentlichen Proceßrecht und der dem materiellen Recht entnommenen Regeln 23 f.
Proceßhindernde Einreden, Begriff 70, 77 ff., 14, 92 ff. Wirkung 77, 90. Ob sie liquide sein müssen oder ob die sofortige Liquidestellung genügt 90, 21, 12. Wann sie vorzubringen, Seite 972, 70, 90.
Proceßkosten (s. auch Gerichtsgebühren) 46, 52 ff. Rechtsgrund der Ersatzpflicht 54 ff. Ersatzpflicht auf Grund der Contumacia 75 ff. Compensation der Kosten 67 f., stillschweigende 78. Behandlung des Kostenpunctes, wenn der Verklagte sich vor dem ersten Gerichtstage zur Zahlung bereit erklärt, oder den Klaganspruch sofort anerkennt 74; im Fall der pluris petitio 70 f.; der Singularsuccession in einen anhängigen Proceß 6, 19; der accessorischen Intervention 7, 26. Sonderung der zu mehreren mit einander verbundenen Klagen erwachsenen Kosten (Klagencumulation und Widerklage) 46, 69b; ob Streitgenossen in solidum zum Kostenersatz verpflichtet sind 69b, 63, 104a. Inwieweit über die Kosten von Zwischenverfahren besonders geurtheilt wird 46, 72, und das Urtheil über dieselben bis zum Endurtheil vorzubehalten ist 79. Eine besondere Klage auf Kostenersatz gibt es nicht 77. Umfang und Feststellung der Kosten 69 f., 80 ff. — Der Kostenpunct in der Instanz der Rechtsmittel, und zwar der Restitution 53, 127, der Appellation 57, 17 f., der Nichtigkeitsbeschwerde 60, 126 ff., der s. g. einfachen Beschwerde 61, 28. Verurtheilung des Unterrichters in die Proceßkosten 38, 19a, 60, 127 f., 61, 28.
Proceßleitung. Begriff 44 unter II. Nr. 2. Im Allgemeinen 45, 1, insbes. gegenüber ungenügenden 1 ff., gegenüber genügenden Anträgen 6 ff.; in Betreff der Form des Verfahrens 12 f. Das Verhandlungsprincip im Verhältniß zur Proceßleitung 43, 29 ff.
Proceßobligation s. Litiscontestation, Klagänderung.
Proceßstrafen 30, 1 ff., antiquirte und noch geltende 3 ff., Beantragung 15, und Wegfall derselben 14, 16.
Proceßverjährung, im älteren R. R. 71, 1, im justinianeischen und heutigen Recht 46, 4. S. g. dreijährige Proceßverjährungsfrist des justin. Rechts 71, 2 f., 49, 72, 77 f. und ihre Beseitigung im heutigen Recht 84, 71, 5.
Proceßverzögerliche Einreden s. Proceßhindernde Einreden.
Proceßverzögerung s. Leugnen, doloses.
Proceßvollmacht s. Procuratoren.
Proceßvoraussetzungen 14, 94 ff., 70, 7a, 11.
Proceßzinsen 14, 72.

Procurator (s. auch Advocaten). Zulässigkeit 10, 1, 6, Nothwendigkeit desselben 2 ff. Fähigkeit als solcher bestellt zu werden 7 ff. Bevollmächtigung 15 f., Legitimation des Procurators 9, 32 ff. Cognitor, proc. praesentis und apud acta constitutus im R. R. 8, 11, 16. Wann die Legitimation beizubringen ist 70, 8, 15. In welchen Fällen eine stillschweigende Bevollmächtigurg angenommen wird 9, 32. Welche Personen als procuratores praesumti zugelassen werden 37, 63, 113; ob sie wirklich als Procuratoren anzusehen sind 9, 37, 10, 16; und welche Regeln gelten, wenn ihrer mehrere sind 29. Bedeutung des von einem falsus procurator erwirkten Urtheils 9, 27 ff., 60, 53 ff., 105. Der procurator als dominus litis im R. R. 9, 3 ff. (s. auch Vertreter), nicht mehr im heutigen Recht 26 ff., abgesehen vom s. g. procurator praesumtus 37. Umfang der Befugnisse des Procurators 10, 17 ff. (mandatum cum libera 18), insbes. Recht und Pflicht zur Einlassung auf die Widerklage 25, Befugniß zur Substitution 26 ff. Verhältniß mehrerer Procuratoren zu einander 28 ff. Ob an den Procurator insinuirt werden muß oder nur darf 67, 64 ff. Ueber die Cautionen der Procuratoren s. Cautionen. Pflichten des dominus gegen den Procurator 10, 31 ff., in Betreff des Honorars 32 f. Pflichten des Procurators gegen den dominus 34 ff. Restitution ex culpa procuratoris 38 f., 53, 23 ff. Beendigung des Mandats durch Tod oder Kündigung 9, 40 f.

Prodigus; seine Unfähigkeit zur Proceßführung 12, 8; Beweiskraft des von ihm abgelegten Geständnisses 22, 14.

Productionsbescheid Seite 978.

Productionstermin 70, 48.

Productionsverfahren 70, 44 ff., vorbereitet durch Verhandlungen und Erkenntniß über die Zulässigkeit der denominirten Beweismittel, Seite 978, 70, 47, und wieder durch Erkenntniß abgeschlossen 71, 47.

Programma, beim Pfandverkauf im R. R. 13, 15, 50, 34.

Promotoriales, 38, 10, 61, 8.

Pronunciatio bei den in rem actiones 46, 20, 47, 102.

Propria causa des Richters 36, 12 f.

Prorogation des Gerichtsstandes 39, 26 ff., 60, 106. — der Termine 68, 24 f.; der Fristen 78, s. auch diese Worte.

Protocoll. Begriff 36, 78a. Aeußere Zusammenfassung der Protocolle in den Acten, s. g. protocollum actorum, 65, 11, 13. Nothwendigkeit der Aufnahme von Protocollen 36, 59 ff. Die über Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommenen Protocolle 24, 41 ff., 66, 70. Fides des Protocolls und deren Erfordernisse 36, 76 ff. Mängel des Protocolls 82 f. Ob dasselbe vom Richter dictirt werden darf 71. Fides des vom Richter aufgenommenen Protocolls 66a f. Anfechtung des Protocolls 80 ff.

Protocollarisches Verfahren 67, 7 ff.

Provocationen zur Klagestellung 13, 21 ff. Ob dieselben nur subsidiär zulässig sind 23. Ob die Nativität der provocirten Klage 24 ff., ob voller Beweis des Grundes der Provocation erforderlich ist 60, 29, 17. Verfügung auf die Provocation 13, 61 ff. Vertheidigung, Ungehorsam und ungenügende Klagestellung des Provocaten 64 ff.; ob derselbe die cautio pro expensis zu leisten habe 66. — Insbesondere: Prov. ex lege Diffamari 27 ff. Die Diffamation ist kein Delict 35 ff., und dennoch der Anspruch aus derselben weder activ noch passiv vererblich 39. Wie die Diffamation beschaffen und auf was sie gerichtet sein muß 40 ff. Ob diese Provocation gegen den vor der L. C. contumax gewordenen Kläger 49, 17, ob sie (als provocatio ad probandum) wegen Verleumdungen Statt findet 13, 32, 35, 46 ff. Gerichtsstand 37 f. — Prov. ex lege Si contendat 51 ff., beruhend auf dem drohenden Verlust einer Einrede (nicht des bloßen Beweises einer solchen) 56 f. Gerichtsstand 58. Beabsichtigter Erfolg 59. Wann die Einrede vom Provocanten zu beweisen 59, wann die Replik vom Provocaten zu anticipiren ist 66.

Publica fides des Gerichtsschreibers 36, 73.

Publication der Decrete s. Bekanntmachung der Decrete.

Publiciana in rem actio, deren Cumulation mit der rei vindicatio 63, 72 f.
Purgatio canonica 20, 26a.
Purgatio contumaciae 49, 65.

Quadriennium als Restitutionsfrist 53, 85 ff.
Quaestiones incidentes, — emergentes s. Incidentpuncte. — praejudiciales s. Präjudicialpuncte. — praeparatoriae s. Präparatorische Puncte.
Qualificirtes Geständniß 19, 10 ff.
Quantitätseid 26, 12 ff.
Quellen des gemeinen deutschen Civilprocesses 2. Insbesondere: Römisches Recht 1 f., 3, 1 ff., 13, 26, 29. Canonisches Recht 2, 2 ff., 3, 3 ff. Altdeutsches Recht 27, 29. Reichsgesetzgebung 2, 5 ff. Bundesgesetzliche Normen 12. Gewohnheit und Wissenschaft 2 i. f., 3, 28.
Querela. Bedeutung im R. R. 60, 22, bei den Italienern 61, 1. — Qu. denegatae vel protractae justitiae 61, 8 ff. — non numeratae pecuniae 22, 28. — nullitatis s. Nichtigkeitsbeschwerde. — simplex im Sinne des R. K. G. Processes 61, 1, 58, 16, im Uebrigen s. einfache Beschwerde.
Quittung; Rechtsmittel gegen dieselbe 22, 30 ff.
Quota litis, Unverbindlichkeit des über dieselbe abgeschlossenen Pactums 8, 43, 46.
Quod non est in actis, non est in mundo 43, 40 ff.

Rachimburgen 33, 103.
Ratihabition der Proceßführung 9, 28, 29, schließt die Nichtigkeitsbeschwerde aus 60, 53 ff., 105.
Rationes der römischen argentarii, ihre Beweiskraft pro scribente 24, 17; ihre Edition 16.
Realcaution 30, 68 ff.
Realcitation, deren Zulässigkeit 49, 4.
Reassumtion des Processes, im Fall der Universalsuccession 6, 2 ff., der Singularsuccession 8 ff.
Recesse, schriftliche, statt mündlichen Vortrags, Seite 878, 67, 9 ff.
Rechenfehler im Urtheil, deren nachträgliche Verbesserung 51, 14 ff.
Rechnungsbücher der argentarii, ihre Beweiskraft pro scribente 24, 16 f., ihre Edition ib.
Recht der drei Instanzen 54, 23 f.
Rechtfertigung der Appellation 56, 72 ff., s. auch Appellation.
Rechtshülfe, subsidium juris s. Requisition.
Rechtshülfegesetz für den norddeutschen Bund 38, 34.
Rechtskraft im materiellen und formellen Sinne 47, 11, 51, 43 Im Uebrigen s. Anfechtbarkeit, Appellation, Endurtheil, Unwiderruflichkeit.
Rechtsmittel im Allgemeinen 52. Im formellen und materiellen Sinne, Seite 663 f., 668 unten, 669. Uneigentliche und eigentliche, Seite 667; ordentliche und außerordentliche 52, 18; devolutive und nicht devolutive 36; suspensive und nichtsuspensive Rechtsmittel 20 ff. Voraussetzung der verschiedenen Rechtsmittel 1 ff.; Richtung derselben 14 f. Interposition und Interpositionsfrist 18.
Rechtsmittelinstanz, der Kostenpunct in derselben s. Proceßkosten.
Rechtsvermuthungen s. Präsumtionen.
Rechtswohlthaten, Verlust gewisser Rechtswohlthaten als Strafe des Leugnens 30, 11 ff.
Recognitio documenti per testes 24, 75.
Recognition der Urkunden 24, 81 ff.
Reconventio s. Widerklage.
Recusation des Richters 36, 17 ff., 38, 9, s. auch Richter. — des Gerichtsschreibers 36, 75.
Redemtio litis 8, 47.
Redintegration der Acten 65, 20.
Referens sine relato 24, 94 ff.
Reformatio in pejus, bei der Appellation 56, 51, wird selbst nicht durch ausdrücklichen Verzicht des Appellaten ausgeschlossen 58; in welchem Umfange sie zulässig ist 60 ff., insbes. wenn ein mehrere Puncte einer Sache zusammenfassendes Endurtheil oder Zwischenurtheil nur in einzelnen Puncten angegriffen worden ist 64 f., Seite 750 f. — bei der einfachen Beschwerde 61, 26.
Registratoren Seite 436.
Registratur (s. auch Protocoll) 36, 79 f., 65, 10.
Regulirung der Beweislast im Beweisinterlocut 71, 41 ff.

Reichshofrath. Ursprung 33, 212 ff. Personal 223 f., 34, 5. Competenz 33, 213, 216, 219, 220, 221 f. R. H. R. Schriftsteller 3, 20.
Reichskammergericht (s. auch Kammergericht, Kammerrichter). Ursprung 33, 183 ff. Competenz 202 ff. Sitz 194. Kammerrichter, Präsidenten, Assessoren 33, 195 ff., 34, 5. R. K. G. Advocaten 8, 12, 34 a, deren Eid 14, deren Honorar 49. R. K. G. Procuratoren 34 a, deren Vollmachten 9, 41, 10, 15, 68, 20, deren Erscheinen in allen Audienzen 20, 66, Form ihrer Thätigkeit vor Gericht 67, 13 f., ihre Beschränkung in Betreff der Terminsprorogationen 68, 58. Beim R. K. G. immatriculirte Notare 67, 57, 24, 63. Botenmeister und Kammerboten 67, 51 ff. Form der Verfügungen des R. K. G. 43. Bedeutung des R. K. G. für die Rechtsbildung (R. K. G. Ordnungen, Präjudicien und Stylus, decreta communia, conclusa pleni, dubia cameralia) 2, 5 f. Das R. K. G. als Vorbild für die Territorialgerichte 7 ff. Kameralschriftsteller 3, 20.
Reichskammergerichts-Visitations-Commission 59, 22 ff.
Reichsoberhandelsgericht 33, 290.
Reichsunmittelbare, deren Gerichtsstand zur Zeit des deutschen Reichs 33, 202, 222. Gerichtsstand der früheren Reichsunmittelbaren im heutigen Recht 37, 12. Deren Gerichtsbarkeit s. Gerichtsbarkeit.
Reihenfolge der Proceßhandlungen 69, 70.
Reinigungseid 26, 4, 7 ff. (s. auch nothwendiger Eid).
Rei vindicatio s. Besitzstreitigkeiten, Eigenthumsklage, expressa causa, Publiciana in rem actio.
Relation des Eides 27, 21, 32 ff.
Relaxation des Arrestes 30, 60, 73.
Relevanzbescheid im Beweisverfahren Seite 978, 699.
Remedium nullitatis s. Nichtigkeitsbeschwerde.
Remission der Appellationssachen an den unteren Richter, nach R. R. 57, 1 ff., nach canon. R. und den Reichsgesetzen 4 ff.: bei Endurtheilen 2, 3, 4, 6; bei Interlocuten 7 ff., Seite 765; Abweichungen der Doctrin und der Particularrechte in Betreff der Remission 9 ff.; Nothwendigkeit ausdrücklicher Remission 16.
Remonstration, Begriff 52, 15. Inwieweit das auf die Remonstration ergehende Decret unwiderruflich ist 51, 11, 53, 6, inwieweit es appellabel ist 51, 41, 55, 21.
Renunciatio instantiae, deren Unzulässigkeit nach der Litiscontestation 14, 90 f., 46, 6 f.
Replik. Replikhandlung, insbes. ob dieselbe überall erfordert werden muß 71, 40. — Repliken. Begriff und Eintheilung 18, 1 ff., 17, 19. Die ipso jure wirkenden Repliken 18, 1 ff., insbes. der Compensationseinrede gegenüber 5. Die ope exceptionis wirkenden Repliken 6 ff. Inwieweit Einreden gegenüber die replikalische Bitte um Restitution zulässig ist 6, 9. Wann die Replik in der Klage zu anticipiren ist 13, 66, 19, 8, 70, 69.
Reprobatio s. Gegenbeweis.
Requisition, Bitte um Rechtshülfe, subsidium juris, 38, 24 ff. Deutsches Rechtshülfe-Gesetz 34. Wer darf requiriren 35 ff. Requisitionsschreiben 28, 67, 48, assertio reciproci 38, 31. Cognition des requirirten Richters 38 ff., insbes. wenn die Execution, executio subsidiaria, in Frage steht 43 ff. Befolgung der Requisitionen unter den Gerichten desselben Staats 28 f., verschiedener Staaten 30 ff. Wegen verweigerter Befolgung der Requisition findet eine Beschwerde 29, 32 f., 50, 61, 6, 14, und falls die Insinuation versagt wird, auch eine öffentliche Insinuation Statt 67, 96, 98.
Rescriptum de tollendo et emendando gravamine s. Ordinationen.
Res ecclesiasticae 32, 34 ff.
Res judicata, Bedeutung des Ausdrucks im R. R. 47, 12 f., 51, 43, im can. Recht und nach heutigem Sprachgebrauch 43, 47, 11.
Res litigiosa s. Litigiöse Sachen.
Resolutivbedingung, Beweislast bei derselben 19, 12.
Responsionen 19. Ueber das Geständniß s. Geständniß. Leugnen, bestimmtes und zweideutiges 9, indirectes (s. g. qualificirtes Geständniß) 10 ff. Das Leugnen muß speciell sein 70, 22 ff., kann aber unter Umständen auf den Glauben gestellt werden 21, Seite 631. Die Erklärung des Verklagten über die Klagthat-

sachen wird mit Unrecht Litis Contestation genannt S. 122. Responsionen im articulirten Verfahren s. Artikel.

Restitution, processualische, 53. Voraussetzungen im Allgemeinen 1 ff. Insbesondere: Läsion 4 ff.; ob Inappellabilität des lädirenden Urtheils erforderlich ist 8. Wirkung des Restitutionsgesuches gegen ein appellables Urtheil 8, 54, 22. Justa causa 53, 18 ff.; Minderjährigkeit 19 ff., Versehen des processualischen Vertreters 23 ff., 10, 38 f., auch des gesetzlichen 11, 23 f.; Abwesenheit, clausula generalis 53, 32 ff., Irrthum (rest. propter noviter reperta) 46 ff., 70 ff., zumal der durch dolus der Gegenpartei oder eines Dritten erzeugte Irrthum 60 ff., (Concurrenz der actio doli mit der Restitution 63 ff.); metus 70 ff. — Ausschließungsgründe 82 ff., insbesondere Ablauf der für das Restitutionsgesuch gesteckten Frist 85 ff. Formelle Besonderheiten der processualischen R. 98. Bei welchem Gerichte das Restitutionsgesuch anzubringen ist 99 ff. Ob es den Suspensiveffect hat 52, 33 f., 53, 121. Verbindung der versäumten Proceßhandlung mit demselben 105. Begründung 108. Maaß des erforderlichen Beweises in Betreff des Restitutionsgrundes 110 ff., 29, 19, und der Läsion 53, 116 ff. Die R. brevi manu 120, setzt ein neues Urtheil an Stelle des angefochtenen 107, 123, und beseitigt zugleich dessen Wirkungen 124 ff. Kosten der R. 127. — R. wider das Geständniß in jure 14, 12, wider das Geständniß in judicio 19, 4 f., 53, 117 f.; wider den nothwendigen Eid 26, 18, wider den zugeschobenen Eid 27, 49 ff., wider den Manifestationseid 28, 37 ff. — Replikalische Bitte um R. 18, 6, 9. — R. des Intervenienten bei verspätetem Eintreten in den Proceß 7, 24.

Retentionseinrede, deren Behandlung im Endurtheil 46, 50 a.

Retractatio 59, 9.

Revision (Supplication) als ordentliches nicht devolutives Rechtsmittel 59. Die (unter Umständen mit Suspensiveffect versehene 13) supplicatio wider Erkenntnisse des praefectus praetorio im röm. R. 2 ff. und deren Nachklänge bei den italienischen Juristen 16. Die Revision wider Urtheile des R. K. Gerichts bei der Visitationscommission 18 ff.; inwiefern dieselbe suspensiv ist 23; summa revisibilis 25, juramentum revisorium 26; Verfahren 27 f. Die Supplication wider Urtheile des R. H. Raths 31 ff. Particularrechtliche Nachbildungen 34. Die reichsgesetzlich bei fehlender Appellationssumme, insbes. auch wegen s. g. heilbarer Nichtigkeit 60, 84, gestattete Revision 59, 35 ff.; die für dieselbe vorgeschriebene Actenversendung 44, 56; Verfahren im Uebrigen 59, 39 f. Fortexistenz derselben in den Particularrechten unter der Bezeichnung: Revisiion, Supplication, Restitution, 41 f.

Revocatio in duplum 60, 11 ff.

Revocationsrecht 39, 23.

Richter 36, 1 ff. Erfordernisse zur Bekleidung des Richteramts, staatsrechtliche 6 ff., aus dem Wesen des Richteramts sich ergebende 11 f., praktische Bedeutung dieser Unterscheidung 10 a, 12. Privatrechtliche Haftung des Richters (Syndicatsklage) 14. Strafen wegen Pflichtverletzung 14 f. Beeidigung des Richters 16. Recusation desselben 17 ff. Gründe 21 ff. Deren Anführung und Bescheinigung (Perhorrescenzeid) 20, 29, 20. Wann das Recusationsgesuch einzubringen ist 36, 19. Wer darüber entscheidet 32 ff. In welcher Art das Verfahren des recusirten Richters sistirt wird 39 f. Erfolg des Recusationsgesuches 41 ff., 38, 9. — Unabsetzbarkeit der Richter 34, 7 f. — Richter des älteren deutschen Rechts (im Unterschied von den Urtheilern) und dessen Befugnisse 33, 1 ff.

Richtercollegium 36, 1 ff.

Rufen des bis zur Contumacirstunde nicht Erschienenen 72, 18.

Saalbücher. Das in denselben enthaltene Anerkenntniß wird als Erwerbsgrund behandelt 22, 6.

Sabbathstage 66, 34.

Sacebarones bei den salischen Franken 33, 51.

Sachlegitimation s. Klaggrund.

Sachverständige 44, 10 ff. Begriff 10. Ob die Sachverständigen als Beweismittel anzusehen sind 16. Unterschied derselben von sachverständigen Zeugen 14 f., 23, 2. Unbrauchbarkeit der Unterscheidung von wahrnehmenden und urtheilenden Sachverständigen 44, 13. Ob der Richter ex officio und in jedem Stadium des Verfahrens Sachverständige zuziehen darf 17. Wann der Richter Sachverständige zuziehen muß 11. Nothwendige Eigenschaften der Sachverständigen 23 ff. Besteht eine Pflicht, als Sachverständiger zu fungiren, 25. Anzahl und Ernennungsart der Sachverständigen 18 f. Instruction 25. Form des Gutachtens 23, 26. Gehör der Parteien über das Gutachten 27. Verfahren bei Unzulänglichkeit des Gutachtens 27a ff., bei unsicherem Resultat des Gutachtens über quantitative Bestimmungen 34 ff., über qualitative Bestimmungen 30 ff. Obererachten 33. Ob ein unzulängliches Gutachten durch den nothwendigen Eid ergänzt 38, und ob ein zulängliches durch Gegenbeweis elidirt werden kann 37. Character und Form des Verfahrens mit Sachverständigen 70, 54.

Salvation des Beweises 70, 47, 50.

Salutarclausel s. clausula salutaris.

Schätzungseid s. Würderungseid.

Schiedseid 27 (s. auch Eideszuschiebung).

Schlechte Klage 27, 27.

Schloßgesessene 37, 14.

Schlußverfahren 70, 47.

Schöffen s. Urtheiler. Schöffenstühle als Spruchbehörden 44, 50 ff.

Schreibfehler im Urtheil, deren nachträgliche Verbesserung, 51, 14 ff.

Schriftenvergleichung 24, 77 ff.

Schriftenwechsel 67, 24 ff.

Schriftlichkeit. Die schriftliche Aufzeichnung der mündlichen Gerichtsverhandlungen, Ursprung 36, 48 ff., Nothwendigkeit derselben 59 ff., 65, 3 ff., 67, 7. Schriftlichkeit der richterlichen Verfügungen 42 ff. — Verhältniß zur Mündlichkeit im Allgemeinen 67, 3, insbesondere im heutigen Recht, Seite 898. Mündliches Verfahren mit schriftlichen Recessen 9 ff., in welchem jedoch auch rein schriftliche Eingaben vorkommen 13 ff. Uebergang zum rein schriftlichen Verfahren 22 f. Rein schriftliches Verfahren (Schriftenwechsel) 24 ff.

Schriftsässige, deren Arten und Gerichtsstand 37, 3 ff., 38, 2. Schriftsässige Rittergüter 37, 5.

Schuldhaft als Executionsmittel 50, 46 ff., im heutigen Recht 68 ff. Freiwillige Schuldhaft (Einlager) 72 ff.

Schuldschein. Ob zum Beweise der Tilgung einer Schuld das bloße Zerstörtsein oder der bloße schuldnerische Besitz des Schuldscheins genügt 22, 25.

Schultheiß 33, 50 ff., 74 ff., Seite 381, 33, 272.

Secretär 36; s. Gerichtsschreiber.

Selbsthülfe und deren Privatstrafen 1, 1a f.

Selbstvertheidigung 1, 1 f.

Sententia, Urtheil im R. R. gleichbedeutend mit Endurtheil 52, 2 f., S. 540, später für richterliche Entscheidungen überhaupt gebraucht, und sowohl die s. definitiva 52, 5 f. (s. Endurtheil) wie die s. interlocutoria 7 f. (s. Beiurtheil) begreifend. — Die auf die confessio in jure ergehende declaratorische Sentenz 14, 13 ff., Seite 82 i. f., 46, 1 wird wie ein Endurtheil vollstreckt 14, 15 f., 47, 103, und ist inappellabel 54, 33.

Sequestration, im Laufe des ordentlichen Verfahrens über Sachen 30, 74 f., Seite 725 i. f., über Personen verhängt 30, 76, in der Executionsinstanz 50, 45, als Mittel im öffentlichen Interesse Gewaltthätigkeiten zu verhüten 30, 78 ff., 89, 48, 6.

Sicherheitsstellung s. Cautionen.

Simulation als Einrede 17, 11.

Singularitas testium 23, 74 ff.

Solidarisch Verhaftete, können gemeinsam belangt werden 63, 18 f., 56, haben aber nur ausnahmsweise einen Anspruch darauf 35, 37 ff.

Specialität, wieweit dieselbe für die Behauptungen der Parteien, Seite 945 f., für die Bezeichnung des Klagobjects s. Klaglibell, und für die gegnerischen Erklärungen zu erfordern ist 70, 20 ff.

Specialmandat, wo es erforderlich ist, 10, 18 ff.

Specieller Calumnieneid 30, 37 ff.
Spolium s. exceptio spolii.
Sporteln s. Gerichtsgebühren.
Spruchbehörden 44, 39 ff., 52. Ursprung und Geschichte der Actenversendung 41 ff. Wann dieselbe eintritt 54 ff. Wahl der Spruchbehörde 59 ff. Verfahren 61 ff. Inwieweit das versendende Gericht den eingeholten Spruch abändern darf 64. Wer die Kosten der Versendung trägt 65.
Städtische Gerichte 33, 272, 35, 45 ff.
Städte, Gerichtsbarkeit derselben 33, 273 ff., 35, Nr. 2.
Statussachen. Wirksamkeit der confessio in jure 14, 9, der confessio in judicio 19, 6, des außergerichtlichen Geständnisses 22, 12, des Eides, insbes. des zugeschobenen, in Statussachen 27, 29. Welchen Inhalt das Erkenntniß in Statussachen im Fall der Verurtheilung hat, Seite 553. Wieweit es für und gegen Dritte Rechtskraft erzeugt 47, 34 ff. Geltendmachung der präjudiciellen Natur der Statussachen 64, 46, 51 f., 65a, 68, 80.
Stellvertretung s. Procuratoren.
Stempelgebühren Seite 327.
Steuerbücher, ihre Beweiskraft pro scribente 24, 29b.
Stifte, Gerichtsbarkeit derselben 33, 273 f.
Stillschweigen des Richters im Endurtheil über den Kostenpunct 46, 78.
Strafen s. Proceßstrafen, Disciplinargewalt, Richter.
Sträflinge, Gerichtsstand 40, 48.
Streiteinlassung s. Litiscontestation.
Streitgenossenschaft 63; s. Klagencumulation.
Streitige Gerichtsbarkeit 43, 10 ff.
Streitverkündigung 7, 27 ff., s. auch Litis Denunciation.
Stundung der Gerichtsgebühren 30, 102 ff.
Subdelegation, Befugniß des Commissars hierzu 35, 27.
Subhastationstermin 50, 36.
Subjective Klagenhäufung s. Klagencumulation.
Submission ad acta priora 56, 36 ff.
Subordination der Gerichte 38, 1 ff.
Subsidium juris s. Requisition.
Substantialia processus, Nichtigkeit aus denselben 60, 83 ff., 88, 92 ff.
Substitutionsrecht des Procurators 10, 26 f.
Succession in einen anhängigen Proceß, auf Grund der Universalsuccession 6, 2, 4, als Singularsuccession 7 ff, nach R. R. insbes. in Folge der Auflösung des Repräsentationsverhältnisses 9, 23 f. Execution wider den Singularsuccessor 47, 112, 73, 2.
Succumbenzgelder 30, 96, (cf. 46, 53), 59, 27.
Summa appellabilis 54, 44 ff. s. Appellationssumme, — revisibilis 59, 25.
Summatim cognoscere, Bedeutung des Ausdrucks 29, 2, 13. Im Uebrigen s. Bescheinigung.
Supplicatio als Rechtsmittel s. Revision. — Supplicatio pro processibus impetrandis 56, 30, 36, 59, 19, 67, 20, 42, insbes. pro processibus plenariis 56, 30.
Suspensivbedingung, Beweislast bei derselben 19, 13 ff.
Suspensiveffect der Rechtsmittel im Allgemeinen 52, 19 ff. Aufrechterhaltung desselben wider Parteien und Unterrichter 21 ff., bei der Appellation 55, einerseits in Betreff der Rechtskraft, deren Möglichkeit vorausgesetzt 19 f., mithin nicht bei einfachen Interlocuten 21, andrerseits, und zwar mit einer gewissen Rückwirkung 52, 28, rücksichtlich des untergerichtlichen Verfahrens 24, 55, 22 ff., in letzterer Beziehung, jedoch nicht für unstatthafte A. 22 ff., ebensowenig der Regel nach für die A. wider einfache Interlocute 26 ff., ferner nicht für die A. in gewissen Besitzstreitigkeiten 30 f., im Executivproceß 32., Eintritt des Suspensiveffects im Falle notarieller Interposition 29. Seine Geltendmachung 52, 24 ff.
Syndicatsklage 36, 14.
Syndicus 11, 11 f.
System des gemeinen deutschen Civilprocesses 4.

Tabelliones und die Beweiskraft der von ihnen aufgenommenen Urkunden 24, 45 ff.

Tagfahrt s. Termine.
Taxationen Sachverständiger 44, 34 ff., insbes. zur Feststellung der Appellationssumme 54, 96, des Werthes abgepfändeter Objecte 50, 35, der im gerichtlichen Wege zu verkaufenden Hypotheken oder Pfänder 87.
Taxen für Advocaturgeschäfte 8, 49.
Taxordnung. Fehlen derselben bei dem Reichskammergericht 8, 49.
Tempus fatale s. Fristen, Nothfristen.
Tempus judicati 47, 104 ff. s. Erfüllungs-Zahlungsfrist.
Termine, im Allgemeinen 68 init. (s. auch Circumduction), Ladungen zum ersten Termin 5, 8 ff., im späteren Lauf des Verfahrens 20 ff. Dilationen, Begriff 13, und Gründe für die Ertheilung derselben 16 ff. Prorogation der Termine, Begriff, 24 f. Wiederholte Ertheilung von Dilationen, Excusation und Terminsprorogationen nach R. R. 26 ff., nach can. R. 31 ff., nach den Reichgesetzen 38 ff., insbes. terminus praejudicialis 43 ff., terminus finalis 45, 49. Voraussetzungen der Terminsprorogationen im Allgemeinen 25, insbes. unter welchen Voraussetzungen die Behinderung am persönlichen Erscheinen Prorogationsgrund ist 37. Das frühere Präjudiz gilt auch stillschweigend für die neue Ladung 25, 67. Wirksamkeit der ertheilten Prorogation für beide Theile 68. Absolute und relative Bestimmung der Termine 69 ff. Berechnung der relativ bestimmten Termine und ihrer Prorogation 72.
Terminus ad producendum omnia et ad concludendum 71, 9, 38.
Testationes 23, 68.
Testes s. Zeugen; — de auditu 23, 4; non idonei, 11; singulares 76; suspecti 33 ff., voluntarii, necessarii 38; testis in facto proprio 75.
Testimoniales 55, 51.
Testimonium domesticum 23, 9.
Theilnahme Dritter an einem Rechtsstreit; accessorische 7, 8; successorische 6.
Theilungsklagen, judicia divisoria, Einheit des unter mehr als zwei Communionsinteressenten Statt findenden Theilungsverfahrens 5, 9 f., 46, 51b, 63, 28. Duplicität dieser Klagen 5, 6. Feststellung der Parteirollen 5, 6 f., Gerichtsstand 41, 44, Litis Contestation 14, 37, und Urtheil in Theilungssachen 46, 51 ff. Objective Cumulation mehrerer Theilungsklagen 63, 28, 60 ff.
Thema probandum 71, 41; s. Beweis.
Tod der Proceßpartei 6, 1 ff.
Translatio judicii auf Grund der Univeral- und Singularsuccession 6, 1 f., 4, 7; der Beendigung des Vertretungsverhältnisses nach R. R. 9, 23 f. — possessionis, als römischer Contumacialnachtheil bei in rem actiones 49, 26 f., auch anwendbar auf absentia und latitatio 35 f., 38; von der Doctrin des Mittelalters ohne Unterscheidung beider Fälle angewandt 47, ebenso von den Reichsgesetzen 60, durch den J. R. A. aber beseitigt 60a; so daß sie heut zu Tage auch im Falle der laudatio auctoris 7, 44, 29, 13, und wegen Leugnens des Besitzes nicht mehr Statt findet 30, 8.
Transmissionskosten 44, 65.
Tripliken 15, 8, 18, 10.
Tutorium 9, 30. Tutor s. Curator.

Uebertragung der Beweislast als Proceßstrafe 30, 10.
Uebertragung der Gerichtsbarkeit 35.
Unabhängigkeit des Richters Seite 399.
Unabsetzbarkeit der Richter 34, 7.
Unanfechtbarkeit der Urtheile 52, 43 s. Anfechtbarkeit.
Unbestimmt summarischer Proceß 49, 54.
Unfähigkeit zum Richteramte s. Richter; zum Zeugnisse s. Zeugenbeweis; zur Advocatur s. Advocaten; zur Procuratur s. Procurator.
Ungehorsam der Parteien. Ungehorsam im weiteren und engeren Sinne 48, 14. Nichtbefolgung monitorischer Ladungen 49, 1a. Allgemeine Voraussetzungen des Ungehorsams 1, 113. Ungehorsam gegen peremptorische und gegen dilatorische Auflagen (s. auch Ladungen) 6a. Die allgemeinen 7 ff., 46, 75 f., 79, und die besonderen Contumacial-

nachtheile 49, 7 ff. Contumax non appellat 54, 38 ff.. Contumacialverfahren 72, 1 ff., 16 ff. Accusatio, declaratio, purgatio contumaciae 49, 64 ff., 91, 72, 18 ff. Entkräftung der den Ungehorsam bedingenden Auflage 49, 115 ff. — Insbesondere Ungehorsam vor der Litis-Contestation, und zwar des Klägers 10 ff., im heutigen Recht 16 ff.; des Verklagten: nach R. R. 20 ff. (Unterscheidung der Behandlung von contumacia im röm. Sinne 20 ff., absentia 28 und latitatio 29 ff., von dinglichen und persönlichen Klagen 25 ff., Anwendung der missio in bona theils venditionis theils custodiae causa 28, 31); nach der Doctrin des Mittelalters und den Reichsgesetzen 43 ff. (Wegfall der röm. Unterscheidungen 49, 43 ff., Anwendung von missio in bona, Acht und Excommunication 48 f.; Ausbildung eines einseitigen Verfahrens mittelst Fiction der Litis Contestation 51 ff. und Wegfall von Acht und missio in bona, insbes. auch der den säumigen Curatoren im Dep. A. von 1600 §. 95 angedrohten, 60 a); nach heutigem Recht 61 ff., Unterschied von Versäumung und Verweigerung 63 ff. — Ungehorsam nach der Litis Contestation 72 ff., insbesondere Behandlung des Ungehorsams bei willkührlichen 92 ff. und nothwendigen Handlungen Seite 627 ff., sowie bei Versäumung 49, 102 ff. und Verweigerung der nothwendigen Handlungen 106 ff.

Ungehorsamsbeschuldigung 49, 64 ff.

Universitätsgerichte 37, 16 ff.

Unmündige, ihre mangelnde Proceßfähigkeit 12, 4 ff.; ihre Vertretung im Processe 11, 6; ihre Unfähigkeit zum Zeugniß 23, 3; ihre Eidesunfähigkeit 25, 15 f.

Unwiderruflichkeit der Urtheile und Beiurtheile 51, 1 ff. Beschränktere Unwiderruflichkeit im R. R. 1 ff.; ausgedehntere im altdeutschen Processe 4; die italienische Doctrin 5 ff.; heutiges Recht 10 ff. Modificationen in Betreff der Rechen- und Schreibfehler 14 ff. und der Declaration 19 ff. Ausnahme in Betreff der Revision 27. Ob auch nichtige Urtheile unwiderruflich sind 27.

Untergerichte, Seite 439 f.

Unterkreuzen von Urkunden 24, 72 d. Recognoscibilität unterkreuzter Urkunden 72 e. Ob bei denselben auch das Vorlesen und die Genehmigung des Inhalts beglaubigt sein muß 74.

Untersuchungsmaxime 31, 1, 43, 27.

Unveräußerlichkeit des Streitgegenstandes 6, 14 ff., 14, 38 ff., 86.

Unvollständiger Beweis, s. Bescheinigung.

Urkunden 24. Begriff und Arten der Urkunden 1 ff., insbes. Denkmäler u. s. w. (monumenta) 2 ff. Bedeutung von instrumenta im weiteren Sinne 21, 4, 24, 4, im engeren Sinne 4 a. — Die Urkunden nach ihrem Inhalt: Dispositive und überhaupt eine rechtlich relevante Willensäußerung enthaltende Urkunden 24, 6 ff.; deren Anfechtung 7; wieweit dieselben gegen Dritte beweisen 8. S. g. Privaturkunden, Arten derselben (s. auch Geständniß, außergerichtliches), 8 a ff.; gegen wen sie beweisen 8 b; insbes. die rationes der Argentarier und ihre ausgedehntere Beweiskraft 11 ff.; die Handelsbücher der Kaufleute 19 ff., der Banquiers, Fabrikanten, Apotheker 29, der Handwerker, 29 a (Voraussetzungen 21 ff., und Umfang der Beweiskraft 28 ff., Editionspflicht 28 b); die Geschäftsregister öffentlicher Rechnungsführer 29 b. Oeffentliche Urkunden, Begriff und Erfordernisse ihrer Beweiskraft 30 ff. Insbes. die Beweiskraft der Kirchenbücher 30 c. Die in öffentliche Urkunden gebrachten Zeugnisse von Privaten (probatio in perpetuam rei memoriam) 31 ff. Instr. publice confecta und publica nach röm. Sprachgebrauch 43 f. Aufnahme von Privatgeschäften durch Magistrate, Gerichte oder Gerichtsschreiber 41 f., 66. Die Tabellionen und die Beweiskraft ihrer Urkunden (instr. forensia) 45 ff.; die Notare und ihre Urkunden 52 ff. Instr. quasi publica 67. Alte 68, archivalische Urkunden 69 f. — Formelle Glaubwürdigkeit der Urkunden: Unverfälschtheit (bonitas instrumenti), insbes. Einfluß von Zusätzen, Radirungen, Correcturen 71 ff., Aechtheit (veritas

instrumenti) 71, insbes. Bedeutung der eigenhändigen Namensunterschrift und deren Surrogate 72 ff., (ob bloß unterkreuzte Urkunden recognoscibel sind 72e). Beweiskraft vidimirter Abschriften 95b f. Form und Agnition der öffentlichen Urkunden 72h f. Form der s. g. Privaturkunden 72k, insbesondere Beglaubigung der Unterschrift 74.

Urkundenbeweis. Der Beweis der Aechtheit ist bei öffentlichen Urkunden nicht erforderlich 24, 72h f., wohl aber bei Privaturkunden (durch recognitio per testes 75; durch Schriftenvergleichung 76 ff., die jedoch keinen vollen Beweis gibt 80, auch den Probaten nicht nöthigt, sie dadurch zu ermöglichen, daß er vor Gericht Etwas niederschreibt 80a. Recognition und Diffession 81 ff., insbes. Diffessionseid 84 ff. und dessen Fassung 86b, 72g; inwieweit der Probat trotz Anerkennung der Aechtheit der Unterschrift den Inhalt der Urkunde anfechten kann 87) und bei dispositiven Urkunden 87 ff., (insbes. ob der Diffessionseid auch über Urkunden Dritter gefordert werden kann, 87a ff.) — Fälschungsbeweis und die dem Probaten in Bezug auf denselben zustehenden Befugnisse 88 ff. Beweiskraft des referens sine relato 94, 97. Inwieweit die Existenz von Urkunden durch Eideszuschiebung geführt werden kann 95a. Beweiskraft vidimirter Abschriften 95b f.; Exemplification alter Urkunden 98b. Folgen des durch den Probaten verschuldeten Verlustes einer Urkunde 99 f. — Verfahren im Allgemeinen: Beweisantretung 70, 35 f., Production und Anfechtung 44 ff., 48 ff., 71, 47. Ob der Producent die producirte Urkunde ihrem ganzen Inhalt nach gegen sich gelten lassen muß 22, 11. Salvation und Impugnation 70, 50. Anticipation des Urkundenbeweises 69 f., 73 f. Erbringung liquiden Beweises durch Urkunden 21, 14.

Urkundenedition. Wer verpflichtet ist, zu ediren, 24, 101 ff., 91, insbes. Editionspflicht in Betreff der rationes der Argentarier 16, 103, der Handelsbücher 28b, 103. Editionseid 108. Verfahren 109. Inwieweit das Editionsverfahren eine Sistirung des Hauptverfahrens herbeiführt 64, 39.

Urtheil, sententia, bezeichnet im weitern Sinne alle richterlichen Entscheidungen 52, 13, im engeren Sinne das Endurtheil. S. Sententia, Endurtheil.

Urtheiler, im Allgemeinen 33, 1, 34, 3; insbes. in der fränkischen Monarchie: in des Königs Gericht 33, 34 f., in den Grafen- und Centgerichten 90 ff., 119 ff., in den herrschaftlichen Gerichten Seite 359; im deutschen Reiche: im Reichskammergericht und Reichshofrath s. diese, in den Centgerichten Seite 376 ff., in den landesherrlichen Lehn- und Hofgerichten Seite 382 f. 384, 386, 388, in den herrschaftlichen Niedergerichten Seite 389.

Urtheilsschelte 33, 24, 256, 51, 3a.

Vagabunden, deren Gerichtsstand 40, 59, deren Ladung durch Edicte 67, 96, 100.

Vasallen s. Beneficium, Lehngerichte.

Väterliche Gewalt hindert den Proceß mit den Gewaltunterworfenen 5, 4; berechtigt zur processualischen Vertretung derselben 11, 16 ff.

Veränderung der Klage s. Klagänderung.

Verdächtigkeit des Richters, der Zeugen s. Richter, Zeugen.

Vergleich 46, 5. Vergleichsversuch 45, 10 f.

Verhandlungsprincip 13, 1 ff., 43, 25 ff. Ne procedat judex ex officio 28 f., Ausnahmen 30 ff. Ne eat judex ultra petita partium 33 ff., ob diese Regel auch für Accessionen, Früchte, Zinsen, Proceßkosten gilt 35, 47. Quod non est in actis, non est in mundo 40 ff., in welchem Sinne diese Regel auch für die unrichtige oder unterlassene Berufung auf Rechtssätze gilt 42, 20, 6 ff. Richterliches Fragerecht 43, 46. Ob durch die s. g. clausala salutaris eine Modification in der Anwendung des Verhandlungsprincips herbeigeführt wird 45, 47.

Verjährung (s. auch Proceßverjährung). Zeitpunct der Unterbrechung der Klagenverjährung 14, 85 ff. Ob die Einrede der Verjährung, wenn aus dem Klaglibell ersichtlich, vom Richter zu suppliren ist 19, 8.

Vermuthungen s. Präsumtionen.
Vernehmlassung auf die Klage s. Litiscontestation, Responsionen.
Veröffentlichung der Decrete s. unter Bekanntmachung.
Verschwender s. Prodigus.
Versendung der Acten s. Spruchbehörden.
Versteigerung der gepfändeten Gegenstände 50, 34 ff.
Versuch der Güte 45, 10 f.
Vertreter, processualische im Allgemeinen 9. Röm. Recht: Zulässigkeit der Vertretung 1 ff. Dominium litis 4 f. Legitimation 8, 13. Cautionen der Vertreter 6 ff. Uebertragung der Rechtswirkungen, insbesondere der a. judicati, auf den Vertretenen 14 ff. Translatio judicii bei Beendigung des Repräsentationsverhältnisses 22 ff. Heutiges Recht: Das dominium litis kommt in Verbindung mit den römischen Cautionen 36 ff. nur noch ausnahmsweise vor 38; unter Voraussetzung eines Repräsentationsverhältnisses werden Handlungen und Unterlassungen des Vertreters als vom dominus ausgehend betrachtet 27; in Ermangelung eines solchen sind Verfahren und Urtheil unwirksam 27 f.; Nachweisung desselben (Legitimation) 30 ff. Wirkung seiner Beendigung 39. — Restitution wegen Versehen der processualischen Vertreter 53, 23. — S. auch Procurator, Curator, juristische Personen, Hauskinder.
Verurtheilung condemnatio 46, 2 f. Endurtheil.
Verwaltung, Grenze zwischen Justiz und V. 1, 5.
Verweigerung der Justiz s. Justizverweigerung.
Verweisung ad separatum, der Einreden 46, 49 f., der Widerklage Seite 846.
Verzicht des Klägers auf das Klagrecht oder auf die Instanz 46, 6 f., 70, 63; der Parteien auf das Endurtheil 46, 5, auf Rechtsmittel 53, 82, 54, 19.
Verzögerung der Justiz s. Justizverweigerung.
Verzug, Beweislast 16, 8.
Vicarius als rechtsgelehrter Statthalter des Gerichtsherrn in den oberen Gerichten 34, 5; als Unterbeamter des Grafen in der fränkischen Monarchie 33, 74.
Vidimirte Abschriften, deren Beweiskraft, 24, 95 b f.
Visitationscommission des Reichskammergerichts 59, 22 ff.
Vogt 33, 228 ff.
Volkskundigkeit 20, 43.
Vollmacht der Procuratoren 10, 15, 9, 32, ihre Clauseln 41, ihr Erlöschen in Folge der Kündigung 39, und des Todes 40.
Vorbescheide 51, 13; s. auch Beiurtheile.
Vormund s. Curator.
Vormundschaft in ihrem Einfluß auf die legitima persona standi in judicio 12, 2 ff.
Vorurtheile 51, 13.

Wache, als Executionsmittel 50, 76 f.
Wahrheitseid 25, 32 ff.
Wahrscheinlichkeit als Ziel des Beweises 29, 1 ff.; s. auch Bescheinigung.
Wechselsachen. In solchen werden illiquide Einreden ad separatum verwiesen 46, 50, findet Wechselarrest Statt 50, 70 ff., hat die Appellation keinen Suspensiveffect 55, 32.
Wechselseitiges Gehör 43, 49 ff.
Weiber, ihre Vertretungsunfähigkeit 10, 9; ihre Proceßfähigkeit 12, 6; Postulationsunfähigkeit 8, 6; ihre Zeugnißfähigkeit 23, 21 f.; Form ihrer Eidesleistung 25, 26.
Widerklage, Gerichtsstand derselben 41, 68; s. Gerichtsstand. — Gemeinsames Verfahren über Vor- und Widerklage 63, 75 ff. Voraussetzungen: gleiche Proceßart 4, Anstellung der Widerklage mit der Vernehmlassung 98, Identität der Parteien 41, 78; nach R. R. 63, 77 ff. und Particularrechten 87 ff., nicht aber nach heutigem gemeinen Recht auch Connexität 85. Ob nicht-connexe Widerklagen ad separatum verwiesen werden dürfen Seite 846. Reconventio reconventionis non datur 91 außer im Fall der Connexität 92. Wann eine eventuelle Widerklage zur gemeinsamen Verhandlung mit der Vorklage zuzulassen ist 93, 96. Wirkung: gleichzeitiger Fortgang des Verfahrens in beiden Sachen 97 ff. und gemeinsames Urtheil 100, 104; insbes. Wirkung auf die Berechnung der Appellationssumme 54,

61 f. — Pflicht des klägerischen Procurators, nicht aber auch des (bona fide) procurator in rem suam zur Einlassung auf die Widerklage 10, 25.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand s. Restitution.
Wiederkehrende Leistungen, inwieweit sie im Ganzen Gegenstand von Klage und Urtheil sein können, 47, 103.
Winkeladvocaten 8, 34a.
Wirkungen des Endurtheils 47.
Wirthschaftsgeräthe als Executionsobject 50, 8.
Wittwe, deren Gerichtsstand 40, 55.
Wohnsitz s. Gerichtsstand.
Würderungseid, Schätzungseid, juramentum in litem 28, 1 ff. In welchen Fällen derselbe zulässig ist 3 ff., 10, 36. Wann der Richter die Zulassung zum Eide verweigern 7, die Grenze der eidlichen Schätzung bestimmen 8, die beschworene Schätzungssumme herabsetzen darf 9. Klägerischer Beweis der Existenz des Schadens 11 und ausnahmsweise dessen Ergänzung durch Calumnieneid 12. Besonderheit des s. g. juramentum Zenonianum 13.

Zahlungsbefehl in der Executionsinstanz 47, 110, 73, 4 f.
Zahlungsfrist, tempus judicati, 47, 104 ff., auf den confessus in jure angewandt 107, 46, 74. Ihre Arten 47, 119, 73, 3 f.; Aufschub ihrer Feststellung 46, 40 f., 47, 103 (24, 31).
Zeitbestimmungen im Proceß (s. auch Ladungen). Ferien 66, 17 ff. s. dieses Wort. — Fristen 68, 73 ff. s. dieses Wort. — Termine 68 ff. s. dieses Wort.
Zerstörliche Einreden s. Einreden.
Zeugenbeweis 23. Begriff 1, insbes. der sachverständigen Zeugen im Unterschiede von Sachverständigen 2, 44, 14 f., 24, 75. — Gründe der absoluten Untüchtigkeit zum Zeugniß 23, 1a ff., 28, 30, antiquirte 22, 24 ff.; Gründe der relativen Untüchtigkeit 5 ff., 12 f., 49 i. f., antiquirte 23. In welchen Fällen testes de auditu taugliche Beweismittel sind 4 ff. Ob untüchtige Zeugen vernommen werden dürfen 11. Gründe der Verdächtigkeit der Zeugen 29 f., 31 ff. Einfluß der Verdächtigkeit auf die Beweiskraft 33. Geltendmachung der Verdächtigkeit 34 ff. — Besondere Garantien: die Zeugen sind zu beeidigen 14 ff., mit Ausnahme der Beamten 19 und fürstlichen Personen 20, gerichtlich zu vernehmen 37 ff., außer wo schriftliche Zeugnisse von Beamten vorliegen (s. auch Urkundenbeweis), 69, 36, 92 f. (Einfluß von Widersprüchen und schwankendem Benehmen 23, 63 ff.), zum vollen Beweise ist, abgesehen vom amtlichen Zeugniß 74, die Uebereinstimmung von wenigstens zwei Zeugen 71 ff., und zur Anfechtung eines Protocolls die von wenigstens drei Zeugen erforderlich 36, 88, 91. Ein Privatzeuge erbringt halben Beweis 23, 75, Seite 279, der sich jedoch im Fall der singularitas testium steigert, 23, 75 ff. — Pflicht zum Zeugniß, Regel 38 ff., Ausnahmen 47 ff. Wieweit ein Zeuge de propria turpitudine vernommen werden darf und Zeugniß ablegen muß 35 f., 51. Verfahren: Beweisantritt 39, 70, 34 f., insbes. anticipirter 72; Beweisartikel 23, 52, 70, 18, 22, 34; Directorium 38; Fragestücke, allgemeine 23, 34 f., 57 und besondere 35 a, 53, Seite 992; Production und Vernehmung 23, 40 ff., 70, 35, 45; Protocoll über Aussagen und Geberden 23, 58 f., Seite 879 init.; Requisition in Anwendung auf die Vernehmung von Zeugen 23, 44 f., mit verschiedenem Zweck und Erfolg 45; Zeugenrotul, dessen Versiegelung und Publication, 23, 59, 70, 46 f.; die Publication schließt die Production neuer Zeugen aus 23, 61, außer nach vorgängiger Restitution 53, 12, und in der Appellationsinstanz 56, 85; Impugnation und Salvation 70, 48. — Ob Zeugen zur Erbringung liquiden Beweises geeignet sind 21, 14. — Probatio in perpetuam rei memoriam 24, 31 ff.; Voraussetzungen 32, 37; welcher Richter zur Beweisaufnahme competent ist 33, 40; Verfahren 34; Wirkungen 35 f., 38.
Zinsbücher, ihre Beweiskraft pro scribente 24, 296.
Zinsen. Die nach justin. Recht während des tempus judicati laufenden höheren Zinsen 47, 110a f. Proceßzinsen 14, 72. Sind Zinsen in die Appellationssumme einzurechnen, 54,

65 ff. Selbständige Klagbarkeit der Verzugszinsen 47, 15 c.
Zinslehen 37, 105.
Zinswucher 24, 105.
Zugeschobener Eid s. Eideszuschiebung.
Zunftgerichte 37, 68.
Zuschlag 50, 35 ff.
Zuvielforderung s. pluris petitio.
Zwang, richterlicher, imperium (s. dieses) 48. Gegensatz zur Cognition 43, 15 ff. Eintheilung des richterlichen Zwanges in Disciplinargewalt (s. diese) und processualischen Zwang 48, 1. Die verschiedenen Erweisungen des processualischen Zwanges 13 ff. Allgemeine Voraussetzungen der Anwendung desselben 14. Indirecter und directer 49, 4, fortgesetzter und vorübergehender Zwang 5 ff.
Zwangsvollstreckung s. Execution.
Zwischenappellation Seite 660 ff.
Zwischenbescheide s. Beiurtheile.
Zwischenverfahren, Behandlung des Kostenpunctes in demselben 46, 72, 79.

Officin der Verlagshandlung.

Im gleichen Verlage sind erschienen und durch alle Sortimentsbuchhandlungen zu beziehen:

Berner, Dr. Alb. Fr., Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes. Neunte, nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung bearbeitete Auflage. gr. 8. brosch. *M.* 9,00.

— — **Lehrbuch des Deutschen Preßrechtes.** gr. 8. brosch. *M.* 7,50. In halb-Morocco gebunden *M.* 9,75.

— — **Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751** bis zur Gegenwart. gr. 8. brosch. *M.* 5,25.

Corpus iuris canonici. Editio Lipsiensis secunda post *Aemilii Ludouici Richteri* curas ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognouit et adnotatione critica instruxit *Aemilius Friedberg.* gr. 4. brosch. Erste bis Fünfte Lieferung à *M.* 4,00.

Diese Ausgabe wird in 15 Lieferungen à 4 Mark erscheinen.

Friedberg, Dr. Emil, Das Recht der Eheschließung in seiner geschichtlichen Entwicklung. gr. 8. brosch. *M.* 13,50.

Gerber, C. F. von, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. Zweite vermehrte Auflage. gr. 8. brosch. *M.* 4,50.

Keller, Dr. Fr. Ludw. v., Der Römische Civilproceß und die Actionen, in summarischer Darstellung, zum Gebrauche bei Vorlesungen. Fünfte Ausgabe bearbeitet von Prof. Adolf Wach. 8. brosch. *M.* 6,00.

— — **Pandekten. Vorlesungen. Aus dem Nachlasse des Verfassers.** 2te Auflage besorgt von Dr. W. Lewis. 2 Bde. gr. 8. br. *M.* 12,00.

Puchta, G. F., Vorlesungen über das heutige römische Recht. Aus dessen Nachlaß herausgegeben von Dr. Ad. Aug. Fr. Rudorff. Sechste, vermehrte u. verbesserte Auflage. 2 Bände. gr. 8. brosch. *M.* 13,50.

Renaud, Dr. A., Das Recht der Actiengesellschaften. Zweite, vermehrte und verbesserte Auflage. gr. 8. brosch. *M.* 15,00.

Richter, Dr. Aem. Ludw., Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. Mit besonderer Rücksicht auf deutsche Zustände. Achte Auflage. Nach dem Tode des Verfassers mit eingehender Berücksichtigung der neueren Entwicklung im Gebiete des Staates und der Kirche bearbeitet von Dr. R. W. Dove. Erste und Zweite Abtheilung. gr. 8. brosch. *M.* 3,60.

— — **Beiträge zum Preußischen Kirchenrechte.** Aus dessen Nachlaß herausgegeben von Dr. Paul Hinschius. gr. 8. brosch. *M.* 1,50.

Richter, W. Th., Alphabetisches Repertorium zur Gesetzgebung des Königreichs Sachsen. Dritte, bis auf die neueste Zeit ergänzte Auflage. 2 Bände. gr. 8. brosch. 1861. *M.* 21,60.

— — Erstes Supplement (1861—1868.) *M.* 9,00. Zweites Supplement (1868—1876.) *M.* 4,00.

Ryck, Dr. Richard, Die Obligatio. gr. 8. brosch. *M.* 1,20.

Salkowski, Dr. C., Lehrbuch der Institutionen für den akademischen Gebrauch. Zweite Auflage. gr. 8. brosch. *M.* 6,75.

Sintenis, Dr. C. Fr. Ferd., Das praktische gemeine Civilrecht. Dritte verbesserte Auflage. 3 Bände. Lex.-8. brosch. *M.* 39,00.

Wetzell, Dr. G. W., Der römische Vindicationsprozeß. gr. 8. brosch. *M.* 4,50.

Officin der Verlagshandlung.

Buc

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Wetzell, Georg Wilhelm,

System des ordentlichen Civilprocesses

Leipzig 1878

J.pract. 323 rb
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11373337-6